



Universidad de Cuenca

Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica de los Contratos en Ecuador, Chile y Latinoamérica, en relación con Francia, Italia y Alemania y sus diversos Sistemas.

UNIVERSIDAD DE CUENCA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

**Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica
de los Contratos en Ecuador, Chile y
Latinoamérica, en relación con Francia,
Italia y Alemania y sus diversos Sistemas**

Tesis previa a la obtención del grado

y título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la
República

y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.

Autor: Daniel Hainz Figueroa Soto

Director de Tesis: Sr. Dr. Fernando Domínguez Dávila

Santa Ana de los Cuatro Ríos de Cuenca, 05 de Marzo de
2012.



Universidad de Cuenca

Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica de los Contratos en Ecuador, Chile y Latinoamérica, en relación con Francia, Italia y Alemania y sus diversos Sistemas.

*Esta obra la dedico a mi amado hijo Daniel
y a mi dilecto sobrino Juan Pablo.*



RESUMEN

Así, como desde hace muchísimo tiempo, casi inmemoriales, existieron dos grandes escuelas filosóficas, que fueron a saber el *Iusnaturalismo* y el *Positivismo*. En el tema que importa a esta Tesis, nos encontraremos también con dos grandes escuelas y sistemas de exégesis y hermenéutica en los contratos, dando cabida a un sistema ecléctico. De una u otra forma, todas éstas nos ayudarán, dentro de lo posible, a la hermenéutica y exégesis de los mismos.

Dentro del contexto histórico, y por ende relativo, en cuanto a sus procesos, nos percataremos, que desde aproximadamente a principios del siglo pasado, se dio a luz al Sistema Objetivo de hermenéutica contractual, dándonos así una nueva herramienta, para efectuar y desentrañar el contenido de los contratos y su verdadera acepción.

Al igual que se hizo en la introducción de esta Tesis, debo señalar enfáticamente, que ésta, a pesar de ser una obra simple, aquel lector *a priori*, no podrá aliviar la tarea de entendimiento o comprensión de estos escritos, con sólo leer la introducción y apoyándose en el índice, ya que de esta forma, sólo obtendrá como rédito, por así decirlo, una gran frustración, por lo que este tesista aconseja leerla en su totalidad, de lo contrario, no se podrán escudriñar ni en lo más superficial, el saber que enseña el autor, sino se lo lee en su totalidad, de lo contrario, lo único que se logrará, es la convicción de que se está entendiendo todo, cuando en realidad no se está entendiendo nada.



ABSTRACT

This, as a very long time, almost immemorial, there were two greatschools of philosophy, who came to know the natural law andpositivism. In the subject matter of this thesis, we also find two largeschools and systems of exegesis and hermeneutics in contracts, making room for an eclectic system. Either way, all these will help us as far as possible, hermeneutics and exegesis of the same. Within the historical context, and thus relative in their processes, we will notice that from about the beginning of last century, gave birth to the Objective System of contractual hermeneutics, thus giving us a new tool to make and unravel the content of contracts and its truemeaning. As was done in the introduction of this thesis, I must point out emphatically that this, despite being a work simple, that reader a priori, it can ease the task of understanding or comprehension of these writings, simply by reading the introduction and based on the index, because in this way, you only get as revenue, as it were, a lot of frustration, so this thesis student advised to read in its entirety, otherwise, you can not scan or the most superficial, knowing that the author teaches, but it is read in its entirety, otherwise all you achieve is the conviction that you are understanding everything, when in fact nothing is being understood.



ÍNDICE

	<u>Página</u>
CARATULA	1
DEDICATORIA	2
RESUMEN.	3
ÍNDICE.	5
CONDICIONES.	11
DERECHOS DE AUTOR.	12
OPINIONES.	13
INTRODUCCIÓN	14

PRIMER CAPÍTULO

DE LA EXÉGESIS Y HERMENÉUTICA EN EL SISTEMA OBJETIVO EN RELACIÓN A LOS CONTRATOS

	<u>Página</u>
1.1 Introducción	20
1.2 Consideraciones previas	21
Breviario	
1.3 Exégesis Objetiva	24
Características	
1.4 Parágrafos para una exégesis	27
1.5 Las distintas acepciones de los términos, dentro de una misma lengua y los usos.	28
1.6 ¿En qué consiste la buena fe, como elemento de la exégesis contractual?.. . . .	32
1.7 Postura alemana en su jurisprudencia	37



Universidad de Cuenca

Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica de los Contratos en Ecuador, Chile y Latinoamérica, en relación con Francia, Italia y Alemania y sus diversos Sistemas.

1.8	<i>La voluntad interna en el derecho alemán. . . .</i>	41
1.9	<i>Puntos de encuentro entre disposiciones citadas del B.G.B. .</i>	
	<i>.</i>	43
1.10	<i>Divergencias entre el B.G.B. y el Francés, en cuanto a sus</i>	
	<i>Sistemas</i>	45



SEGUNDO CAPÍTULO

DE LA EXÉGESIS Y HERMENÉUTICA EN EL SISTEMA CLÁSICO

EN RELACIÓN A LOS CONTRATOS

	<u>Página</u>
2.1 Consideraciones previas	50
<i>Breviario y conceptos básicos, antes de abordar el tema</i>	
2.2 Requisitos del contrato	57
2.3 La obligatoriedad de los contratos	58
2.4 El consentimiento	60
2.5 El principio de la autonomía de la voluntad	63
2.6 Acápites general	66
2.7 El pilar fundamental de la hermenéutica	67
2.8 Sustento de la escuela clásica o tradicional	67
2.9 Posibles aquiescencias en la escuela tradicional	69
2.10 Razones para tener en cuenta la voluntad real, en lo que a su prueba se refiere	71
2.11 ¿Cuándo se puede hacer hermenéutica en un determinado Contrato?	72
2.12 Importancia del elemento <i>ut supra</i>	72
2.13 Antecedente de la cuestión a resolver	73
2.14 La influencia de los tribunales en la obscuridad del contrato, para la hermenéutica.	77
2.15 Qué tiene que decir la doctrina con respecto a la obscuridad en la hermenéutica contractual?	78
2.16 Hermenéutica y contratos poco claros	81
2.17 Posibles causas de la disputa	84
2.18 Exégesis contractual y legal	89
2.19 Hermenéutica contractual	91
<i>Reglamentación</i>	
<i>Acepción y consideraciones</i>	
2.20 Hermenéutica y casuística	92



Universidad de Cuenca

Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica de los Contratos en Ecuador, Chile y Latinoamérica, en relación con Francia, Italia y Alemania y sus diversos Sistemas.

2.21	<i>De lo intrínseco en los contratos</i>	96
2.22	<i>Reglas</i>	96
2.23	<i>Elementos extrínsecos</i>	100
2.24	<i>Testamentos y convenciones de acuerdo al concepto ut supra</i>	100
2.25	<i>La prueba</i>	103
2.26	<i>Preceptos reglamentarios del Código Napoleónico</i>	105
2.27	<i>Elementos coadyuvantes de la exégesis</i>	107
2.28	<i>Primer elemento</i>	110
2.29	<i>Segundo elemento</i>	115
2.30	<i>Disposiciones del Código Civil Chileno y Ecuatoriano que auxilian al exégeta francés</i>	122
2.31	<i>Sistema Clásico</i> <i>Particularidades de nuestros sistemas</i> <i>(Ecuatoriano y Chileno)</i>	124
2.32	<i>La exégesis en condiciones casi perfectas</i>	127
2.33	<i>Hermenéutica y reglamentación</i> <i>Hermenéutica chilena-ecuatoriana en su relación con Francia</i> <i>Reglas</i>	130
2.34	<i>Elementos intrínsecos y exégesis</i>	131
2.35	<i>Elementos extrínsecos y exégesis</i>	133
2.36	<i>Elementos coadyuvantes</i>	134
2.37	<i>La hermenéutica del Código Civil Ecuatoriano y su reglamentación no habida en el Código de Napoleón</i> <i>Precepto 1564, inciso 2° y otros</i>	137
2.38	<i>Retradores de la escuela clásica</i> <i>Consideraciones</i>	142
2.39	<i>El sistema en estudio y su concepción ficta</i>	146
2.40	<i>Respuestas al individualismo clásico</i>	150
2.41	<i>La antropofagia francesa contra su propio sistema de exégesis</i> <i>El flamante sistema doctrinal</i>	153



Universidad de Cuenca

Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica de los Contratos en Ecuador, Chile y Latinoamérica, en relación con Francia, Italia y Alemania y sus diversos Sistemas.

2.42	<i>La buena fe en los contratos</i>	159
2.43	<i>Teoría del abuso del derecho en el ámbito contractual</i>	162
2.44	<i>Equidad</i>	164
2.45	<i>Sistema no ficticio</i>	165
2.46	<i>Nociones intermedias prescindibles</i>	166
2.47	<i>Buena fe y otros valores</i>	167



TERCER CAPÍTULO

LA ADHESIÓN

3.1	<i>Definición</i>	170
3.2	<i>Conflicto</i>	170
3.3	<i>Perspectiva unilateral</i>	175
3.4	<i>Perspectiva contractual</i>	178
3.5	<i>Exclusividad exegética</i>	181
3.6	<i>Exégesis en favor del más débil</i>	183
3.7	<i>Preeminencia de lo manuscrito por sobre los formularios</i>	185
3.8	<i>Respuesta al conflicto</i>	192
3.9	<i>Más salvaguardas para los débiles</i>	196

CONCLUSIÓN..	200
----------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.	204
-----------------------	-----



Universidad de Cuenca

Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica de los Contratos en Ecuador, Chile y Latinoamérica, en relación con Francia, Italia y Alemania y sus diversos Sistemas.

Daniel Hainz Figueroa Soto, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Daniel Hainz Figueroa Soto, certifica que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.



Universidad de Cuenca

Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica de los Contratos en Ecuador, Chile y Latinoamérica, en relación con Francia, Italia y Alemania y sus diversos Sistemas.

Yo, Daniel Hainz Figueroa Soto, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Daniel Hainz Figueroa Soto
Pasaporte: 8535.321-7



Universidad de Cuenca

Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica de los Contratos en Ecuador, Chile y Latinoamérica, en relación con Francia, Italia y Alemania y sus diversos Sistemas.

Yo, Daniel Hainz Figueroa Soto, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Daniel Hainz Figueroa Soto
Pasaporte: 8535.321-7



INTRODUCCIÓN

La Tesis que a continuación voy a desarrollar, ***obedece a la acepción más propicia de la doctrina, como el título de la misma lo señala***, es decir, a la opinión que tengo de la interpretación de los contratos, tanto desde el punto de vista de la hermenéutica, como de la exégesis. Siendo así, y teniendo que haber acotado, como ya lo señalara en el diseño de tesis, el tema de la misma y por ende su desarrollo, es que me referiré sucintamente, a un tema, que sin lugar a discusión, es la piedra angular de la inmensa parte de esta tesis, éste es, el de la autonomía de la voluntad que, a fortiori, deberá estar presente durante todo el desarrollo de la tesis en cuestión.

Esta autonomía de la voluntad, que es un tema de común ocurrencia en el Derecho Civil, y más específicamente en la interpretación de los contratos, ha quitado el sueño a decenas de tratadistas, que no en vano, han dedicado gran parte de su vida y de su tiempo a estudiarlo, al abrazar la desafiante empresa de establecer principios y paradigmas en la hermenéutica y exégesis de los contratos.

Es por esto, que a pesar de haberlo enunciado *ut supra, a priori*, en la *quaestio factis*, también reiteradamente acudiré a él, en la *quaestio juris*.

En materia de contratos, sólo a modo de esbozo, diré que los actos jurídicos obedecen a una clasificación, en términos generales, de actos jurídicos unilaterales y actos jurídicos bilaterales, entre otros, atendándose para efectuar esta clasificación, al número de partes necesarias para que el acto nazca a la vida del Derecho. He aquí, el primer incordio que se produce en la génesis del estudio de interpretación, porque el acto jurídico unilateral, es aquél que para formarse, necesita de la manifestación de voluntad de una sola parte, y bilateral, aquél que para su formación, requiere del acuerdo de voluntades de dos o más partes.

En el primer caso, encontramos a modo de ejemplo, el autocontrato, que es aquella figura jurídica que se presenta cuando una misma persona interviene en un negocio jurídico, invistiendo dos o más calidades jurídicas distintas, y puede darse en los siguientes casos: Primero, cuando una persona actúa por sí misma y, a la vez, como representante legal o convencional de otra; y segundo, cuando esa persona concurre en el mismo acto o contrato, como representante legal o convencional de dos o más personas naturales o jurídicas.



Es fácil colegir el problema que plantea el autocontrato, y éste es, que interviene en él una sola persona asumiendo dos o más calidades jurídicas distintas, y es evidente que estas dos calidades, representan intereses distintos. Se trata de dos posiciones diversas, y debido a esta contraposición de intereses que se plantea, es que los autores en general, según lo he estudiado y analizado, no son muy partidarios de la autocontratación, aceptándola solamente en determinadas condiciones; la una, es que el autocontrato no esté prohibido expresamente por la ley, y a modo de ejemplo puedo hacer alusión a una disposición del Código Civil, que prohíbe a los curadores celebrar ciertos contratos en que tengan interés los mismos o ciertos parientes suyos, caso en el que se prohíbe expresamente la autocontratación; y en la otra, el caso en que el legislador la autoriza expresamente, siendo este otro caso, en que se permite la autocontratación, o bien, cuando no hay contraposición de intereses en la gestión. Como ejemplo en los casos en que el legislador lo permite, lo hace cuando concurren ciertos requisitos, como sucede en lo previsto en los artículos 2075 y 2076, observados en el Código Civil Ecuatoriano, o bien, los artículos 2144 y 2145, que son la réplica exacta de los dos anteriores, pero estos últimos, obedecen al Código Civil Chileno.

Ahora bien, la vasta doctrina que he estudiado, me señala que esta situación de la autocontratación, es discutible en los casos en que ella no está expresamente autorizada, y que no hay duda de que no es procedente cuando está expresamente prohibida. ¿Pero dónde radica el problema? A mi entender y también el de otros doctrinarios, el problema radica en aquellos casos, en que dicha figura no está prohibida ni autorizada expresamente por el legislador, y en que no hay contraposición de intereses en la gestión. Algunos han pretendido ver en las prohibiciones legales de la autocontratación, una manifestación de una regla general en esta materia, para negar validez de la misma. Pero otro grupo mayor, se inclina por reconocer validez a la autocontratación, cuando no hay contraposición de intereses, y ésta no está expresamente prohibida por el legislador; la explicación a esto es muy simple, y es porque las prohibiciones son de derecho estricto, y en los casos en que existe prohibición de autocontratación, son precisamente aquellos en que hay una clara contraposición de intereses. Por el contrario, en los casos en que ella se permite, no hay tal contraposición de intereses. Por consiguiente, se estima que en aquellos casos, en que no hay una norma legal que prohíba o permita la autocontratación, ella es procedente, siempre y cuando no haya contraposición de intereses. Como nos podemos dar cuenta, el interés o no, es primordial para aceptar o no, la existencia de la autocontratación, y en cuanto a la naturaleza jurídica del



tema en comento, para este postulante es un problema muy incómodo, ya que el hecho que intervenga una sola persona, produce distorsión, puesto que fácilmente podríamos llegar, incluso, a negar que estemos aquí en presencia de un contrato, sosteniendo que se trataría de un acto jurídico unilateral, ya que concurre una sola voluntad, lo que en cierta forma, es una aberración, que algunos pretenden justificar, diciendo que no es una sola voluntad la que concurre, sino dos o más, sólo que están representadas por una sola persona. Pero lo que sí está claro, y en ello está conteste la doctrina, y es que no es posible la autocontratación en materia judicial, porque aquí sí habría una clara contraposición de intereses.

Como vemos, la autonomía de la voluntad como principio jurídico, consagrado, nada más y nada menos, que en el artículo 1560 del Código Civil Chileno, con su análogo exacto, esto es, el artículo 1603 del Código Civil Ecuatoriano, nos mantendrá ocupados, como ya lo dije, durante todo el transcurso de esta tesis. Posteriormente, sí me detendré en el análisis que reviste tanto o mayor gravedad que el autocontrato, y éste es el contrato de adhesión, por el gravamen, tanto económico y aparentemente coercitivo, figurativamente hablando, que reviste para las partes, o mejor dicho, para una de ellas, quitándole en apariencia algo tan esencial, como lo es el principio que establece el artículo 1603 del Código Civil Ecuatoriano.

Posteriormente, analizaré en sus distintas facetas, lo que nuestro referente legislativo consagra en su artículo 1134-1, del Código Civil Francés. De más está decir, que de la autonomía de la voluntad, se pueden colegir consecuencias que nada tienen de absolutas para el contrato, ya que como el contrato constituye una ley, esta ley es obligatoria sólo para aquellos que adhirieron a él. Todo esto se desarrolla dentro de los márgenes y ámbitos de la voluntad, y su exégesis y hermenéutica redundará en la intención que hayan tenido las partes al contratar, lo que nos lleva indefectiblemente, al artículo 1603 del Código Civil Ecuatoriano. Podemos concluir que más que la voluntad real como un concepto subjetivo, es preferible fijar sus efectos jurídicos y no preguntarnos lo que quieren las partes, sino lo que la sociedad necesita al interpretar los contratos; o sea, como acabo de esbozar, abordaré el sistema objetivo de interpretación de los contratos, que dista bastante del clásico que posteriormente veremos, pero que no está carente de falencias, críticas y retractores, pero que se condicen más con el espíritu de esta tesis, que es establecer un sistema más acorde con nuestra idiosincrasia Latinoamericana, observando más los usos y no costumbres sociales. Como vaticinio de lo que nos espera, diré que en el sistema objetivo y los usos sociales que éste involucra, como uno de los medios



para interpretar los contratos, es de más difícil precisión, y que por ello resultó a la doctrina y jurisprudencia latinoamericana, más fácil, y al mismo tiempo, hacerla más proclive a las doctrinas clásicas francesas, donde la voluntad es el medio principal de la interpretación de los contratos, observando la voluntad real del contratante, que no hace más que conformar el concepto que se tiene del sistema subjetivo.

En el sistema objetivo, sólo nos preguntamos, qué es lo socialmente más útil, o lo que nos dicta la equidad, para el mejor resultado de las relaciones contractuales. La solidaridad social y la equidad, son conceptos más engorrosos y poco acervivos en un sistema objetivo de interpretación, no obstante, es un método válido para la misma.

Estoy cierto de la precariedad del trabajo que les expongo, por las limitaciones de tiempo que tengo para efectuar la presente tesis, sobre todo, tratándose de una materia tan extensa, como lo es la interpretación de los contratos y más aún, cuando he tenido que reducirla a menos de un tercio del ejemplar que estaba preparando, que era su versión original, debido a indicaciones dadas. Esto ha involucrado un mayor esfuerzo y tiempo adicional, para adaptar la versión original antes señalada, labor que no ha sido nada de fácil, más aún teniendo presente que este tema bifurca, o más que esto, tiene relación con varias instituciones jurídicas y con herramientas de otras disciplinas.

Me daré la licencia de parafrasear las palabras de Ripert: “En las condiciones creadas por la vida moderna al trabajo intelectual, es necesario saber limitar la tarea y resolverse a publicar obras de las cuales uno advierte el carácter incompleto”.

Me pregunto, en cuanto a Interpretación de Contratos se refiere, cuál es su finalidad, sus principios y sus reglas. No hay respuesta clara y precisa para esto.

Empezaremos con el análisis del B.G.B., y a escudriñar y analizar lo fundamental del sistema objetivo de exégesis contractual. Luego, analizaremos el sistema subjetivo, que tiene por objeto, indagar en el querer más íntimo de las partes que participan en la convención. Nos abocaremos al estudio del derecho francés, como también al italiano, y al derecho latinoamericano, especialmente al ecuatoriano, que es muy similar al chileno, y a su vez, muy cercanos estos últimos al francés, en lo que a estructuras jurídicas se refiere, teniendo presente que el ecuatoriano y el chileno son autovalentes, y se satisfacen desde su génesis a sí mismos.



Luego veremos la insurrección francesa (figurativamente hablando), contra su propio sistema de interpretación. Posteriormente veremos posiciones eclécticas, cuando ninguna voluntad común se reconoce en la tarea de interpretación. Como dije, también veremos la hermenéutica contractual en los contratos de adhesión y sus propias reglas.

Es mi deber, dejar claramente establecido, que esta obra no constituye, bajo ningún respecto, un manual de derecho, a pesar de su simplicidad y su carácter perspicuo, ya que de éstos hay muchos, con clasificaciones, subclasificaciones, esquemas y definiciones, que aunque útiles, son y están tremendamente desgastadas y manidas, que en nada aportan de novedoso, ya que grandes próceres del derecho, ya lo han hecho antes en forma magistral. Ésta es etimológica y firmemente, una Tesis.

Por la razón antes expuesta, debo señalar enfáticamente, que como ya lo dije, a pesar de ser una obra simple, aquel lector a priori y simpático, no podrá aliviar la tarea de entendimiento o comprensión de estos escritos, con sólo leer la introducción y apoyándose en el índice, ya que de esta forma, sólo obtendrá como rédito, por así decirlo, una gran frustración, por lo que este tesista y postulante, aconseja leerla en su totalidad, de lo contrario, como decía en sus cátedras, el ilustre profesor de derecho de la Universidad de Chile, el Decano Rosende, “no se podrán escudriñar ni en lo más superficial, el saber que enseña el autor, sino se lo lee en su totalidad, de lo contrario, lo único que se logrará, es la convicción de que se está entendiendo todo, cuando en realidad no se está entendiendo nada”.

Fácil resultaría hacer un compendio con esquemas, clasificaciones y definiciones, del tenor que ya se señalara anteriormente *ut supra*, extraídos de distintos manuales ajenos, pero a riesgo de pecar de reiterativo, nada nuevo aportaría a la ciencia del derecho, y lo que es más grave, no cumpliría ni remotamente, con el objetivo que per sé, persigue y trata una tesis.

Al finalizar este estudio, y en el umbral del mismo, deseo expresar mi más profundo y sincero agradecimiento, a todos y cada uno de los profesores doctores, que de una u otra forma, expresa o tácitamente, han sido mi aliciente e inspiradores coadyuvantes, para emprender esta ambiciosa y digna Tesis, que espero que su derrotero y faro final, lleguen a buen puerto, esto es, llegar algún día a establecer un sistema de interpretación propio, o al menos general, que sirva a nuestras idiosincrasias, realidades y modus vivendi latinoamericano.



PRIMER CAPÍTULO

DE LA EXÉGESIS Y HERMENÉUTICA EN EL SISTEMA OBJETIVO

EN RELACIÓN A LOS CONTRATOS

1.1 INTRODUCCIÓN

Me siento liberado de señalar el derrotero a seguir en la materia que por vocación nos llama y convoca, toda vez que, en la introducción de esta tesis ya se ha esbozado tempranamente.

Debo decir sí, que esta obra no reúne, como algunos pudieran pensar, los requisitos y elementos propios de un ditirambo, pero tampoco se debe confundir, ni siquiera pretender pensar, que obedece figurativamente hablando, a una obra de carácter bucólica.

Hemos de adentrarnos, como ya se ha dicho, en la incordiosa labor de señalar y explicar, no a modo de manual, los sistemas de interpretación de los contratos en su legítima acepción, sin extralimitarlos como tampoco restringirlos, para de esta manera, dejar sentada las bases para una posible nueva concepción de un sistema de interpretación, lo que dejo en manos de doctores, abogados y jurisconsultos en general, y que se acomode y adapte de la mejor manera a nuestra realidad e idiosincrasia, como lo dejase estampado en sus escritos el omnipresente Simón Bolívar. Por tanto, con orgullo y sin falsa modestia, doy inicio, después de estas palabras, a esta gigantesca, pretenciosa y magna obra, que tal vez, podrá ayudarnos a establecer una vida mejor, desde esta pequeña trinchera del Derecho, pequeña en intelecto, en lo que a mí concierne, pero inmensa en amor y deseo para con estas latitudes, y quien sabe, allende los Andes.



1.2 *CONSIDERACIONES PREVIAS*

BREVIARIO

Antes de empezar este capítulo, haremos un compendio, para así poder hacer ingreso al nuevo sistema, que será materia de análisis desde el punto de vista doctrinario, que es el que importa a esta tesis. Nuevo, porque a pesar de los años, en este lado del hemisferio, para ser más específicos, en Latinoamérica, todavía tenemos quienes nos sorprendemos de la sapiencia de los que ejercen y viven este sistema, que a veces, más que imparcialidad, denota en algunos aspectos, frialdad en su aplicación, y no nos debe sorprender, ya que desde donde proviene, y la historia que precede al país que la vio nacer, así lo indica, y por razones obvias es que no nos detendremos en esto, para que sea materia de análisis.

El sistema al que hacemos mención, es el sistema objetivo, que pareciera ser que tiene muchos detractores, sin perjuicio de que al mismo tiempo, aunque parezca una paradoja, éstos mismos son admiradores de este sistema. La pregunta que nos hacemos es, ¿por qué, si teniendo admiradores dentro de la doctrina, lo rechazan por este lado del hemisferio? Sin perjuicio de que la respuesta tiene algunos atisbos del Sistema Aristotélico de la Definición, es claro, como en innumerables ocasiones lo ha hecho saber y lo ha hecho presente este postulante, que factores como la psicología y la idiosincrasia, hacen prácticamente imposible el explicarlo en estas latitudes, aunque algunos doctrinarios se resistan a esto, ésta es la verdad indiscutible y por ende, objetiva, de porqué su aplicación en nuestros países Latinoamericanos, se hace tan difícil. Sin embargo, hay un país en especial, entre otros, que sí se ha planteado la idea de incorporarlo y que tiene raíces latinas, pero que su ubicación en el planisferio, lo hacen tener tintes diferentes, y por ello, de una relativa adaptación un poco menos engorrosa. Este país, al que hacemos alusión, es Francia, que por su importancia e influencia, más



que directa en nuestros ordenamientos jurídicos, será motivo de análisis, y en segundo lugar, compartiendo la característica de origen latino, también nos referiremos en menos aspectos, pero al mismo tema, a Italia.

En lo que a Francia respecta, escuetamente diremos que hubo fuerte reacciones en contra del principio de la autonomía de la voluntad. Estas ideas aparecen en el país de origen del sistema a estudiar, y en Francia, más o menos al mismo tiempo, esto es, en el Siglo XIX, ya que se considera que la autonomía de la voluntad no es capaz de crear obligaciones, puesto que esto, es algo que sólo puede hacer la sociedad.

También atacan y refutan la Tesis del Liberalismo, de que todo contrato en ejercicio de la autonomía, es justo, pero la experiencia dice lo contrario.

La doctrina moderna, ve a la autonomía de la voluntad como figura suprema del derecho privado, pero cuyo ejercicio va en pos de un bien común, como medio de servicio del derecho. Así surge el contrato dirigido, que es la intervención del Estado en los contratos que celebran los particulares, a fin de evitar, que una de las partes se aproveche de la inferioridad o debilidad de la otra, o de la desigualdad de condiciones en que contratan, por diferencias económicas, sociales y aún psicológicas.

Nuestras legislaciones no escapan a esto, siendo un insigne ejemplo, el contrato de trabajo, entre otros, que en el capítulo de los sistemas subjetivos, y para ser concretos, al final de este último, esto es, al final de los contratos por adhesión, lo trataremos nuevamente.

Siguiendo la cronología de los tiempos, y como ya lo dijimos, en los estertores del Siglo XIX, los países involucrados en este sistema, esto es, Francia y Alemania, permanecieron fuertemente aferrados al subjetivismo; y como ya sabemos, en este concepto, los individuos y su querer interno, eran decisivos en el funcionamiento y las bases de la gran mayoría de las instituciones jurídicas que las informaban. Y como es una introducción sintética, diremos en forma intempestiva, saltándonos los fenómenos propios de los cambios históricos y sociales, que la doctrina influyó



fuertemente y comenzó la nueva era del Código Civil Alemán, que comenzó a regir en el año 1900, que tanto en su texto, como en su aplicación, modificó posteriormente la corriente psicológica, siendo así, la teoría de la declaración destronó a la teoría preponderante, que era la teoría de la voluntad, reconociéndose a la declaración y su voluntad objetiva, un nuevo e importante sitio.

A pesar de ello, o sea, a las pretensiones que la doctrina pujaba por entablar y asentar, haciendo del derecho una concepción objetiva, la teoría de la declaración hubo de otorgar a la voluntad real, concesiones, que en algunos casos, fueron de buen talante, sin embargo, en otros, tuvieron una reticencia disimulada o fuertemente manifestada. Tuvieron que aceptar también, que en los contratos, como en otras manifestaciones jurídicas, en que la voluntad está involucrada, que esta voluntad real, no es, en lo absoluto, independiente; su origen en el voluntarismo, no da lugar a discrepancias. Este fenómeno tan notorio, no pudo ser ignorado por la teoría de la declaración, lo que es muy notable, ya que esta doctrina se percató, de que el hecho de que la autonomía de la voluntad estuviera en decadencia, no significaba que, de ninguna manera, debía ésta desaparecer del ámbito jurídico ni psicológico, en cuanto a sus consideraciones, en lo que a este último respecta. Cabe señalar, que no es el momento ni el contexto, para hacer el análisis de un vasto número de instituciones, que conllevan en sí mismas, el incordio de la voluntad y su significado, o sea, el querer en el fuero interno del sujeto que actúa al amparo del derecho. Las teorías de la simulación; error; de la causa que induce al contrato; falta de la responsabilidad aquiliana; abuso del derecho; imputabilidad en la responsabilidad civil, etc.

Respecto al inicio del contrato, la teoría de la declaración ha tenido siempre en cuenta la importancia de la voluntad real. Las disquisiciones que hacen sus partidarios de la voluntad declarada y la voluntad del efecto, nunca están ausentes en sus escritos y obras. Por supuesto que nunca puede faltar la voluntad de la declaración, que es entendida como una suerte de adhesión subjetiva del contrato; y de no ser así, significaría



que los contratos que los impúberes o los dementes celebran, deberían ser considerados inválidos, lo que estaría en franca oposición al artículo 105 del Código Civil Alemán. Por el contrario, es completamente irrelevante la voluntad del efecto, ya que para poder llegar a establecer las consecuencias del contrato, el Magistrado debe tan sólo atenerse al normal sentido de lo literal en el mismo. Lo que queremos decir, es que desde su propia génesis, o sea, del contrato, tiene injerencia y participación esta voluntad interna participando en su creación, pero no va más allá, y por lo tanto, no se perpetúa.

1.3 EXÉGESIS OBJETIVA CARACTERÍSTICAS

Haciendo eco a lo que sentenció el decano Ripert y a la petición del decano Carlos Castro, y al mismo tiempo recurriendo a una analogía, diremos que por razones de economía procesal y de tiempo, resumiremos en ideas lo preceptuado.

Para la exégesis contractual, las intenciones de los contratantes, no exteriorizadas, y las voluntades psicológicas, carecen de toda importancia. Por lo tanto, no nos es útil indagar en las cláusulas ni en las palabras, el sentido que las partes atribuyeron al concluir el negocio jurídico, en su querer más profundo¹. En lo que se refiere al tenor literal del contrato, aisladamente considerado, en la concepción en que nos encontramos y su escuela, es tan abominable, y por ende, condenable la exégesis subjetiva. Más bien, el Magistrado debe procurar que no se le escape ninguna de las circunstancias objetivas de la especie², que no son otras que aquellas que pudieron ser conocidas por los contratantes, por ser exteriores y ostensibles.

¹ En este sentido se pronuncian muchos autores alemanes. Cfr. **RIEG**, *“Le rôle de la volonté dans la formation de l’acte juridique d’après les doctrines allemandes du XIXème siècle”*, *Archivos de Filosofía del Derecho*, T. III, París, 1957, p. 125 y ss.

² **SALEILLES**, *“De la déclaration de volonté”*, París, 1901, p.220 y ss.



Gran atención a lo que los participantes persiguen en la relación contractual debemos tener, ya que éstas se refieren a las finalidades económicas. Generalmente el exégeta tendrá siempre en cuenta, que los participantes en la relación contractual, en muchas ocasiones, poco o nada piensan en la misma, y que más bien se preocupan de los resultados y logros concretos que pueden obtener por medio del contrato, que en definitiva no hacen más que satisfacer necesidades del día a día.

Esto, en razón de que siempre escuchamos que la voluntad está destinada a producir efectos jurídicos. Esto es así, siempre y cuando no se incurra en una exageración de decir que es la voluntad y sólo ella, la que produce tales efectos. No obstante, el B.G.B.¹ expresa en su exposición de motivos: “El acto jurídico es una declaración de voluntad privada, tendiente a alcanzar un resultado jurídico, resultado cuya producción es ordenada por el derecho, ya que ha sido querida por el declarante”. Las apasionadas reacciones que este articulado provocó en la doctrina alemana, nos demuestran cómo las partes en el contrato, muestran escaso interés en los efectos jurídicos al concluir el mismo, y que más bien, como ya lo dijimos, lo único que persiguen, al menos es lo que más les interesa, es satisfacer necesidades, como la compra del traje o la venta de su automóvil, por nombrar algunas entre millones.

Para poder escudriñar, el exégeta debe darle a la misma, el sentido que le daría cualquier hombre común, que razona con la idiosincrasia y tradiciones que comparte con sus iguales, dependiendo del hábitat social en que éste se desenvuelve. Debe cuestionarse, cómo el hombre aludido entenderá el contrato oscuro o el contrato con lagunas, y en este último caso, preguntarse cómo este hombre común, lo cumpliría en forma espontánea², si estuviese en los zapatos de los litigantes³. Un juez, que

¹ Tomo I, p. 126.

² En este sentido, cfr. **DANZ**, “La interpretación de los negocios jurídicos”, 3ª ed., Madrid, 1955, pp. 96 y 97; **BATIFFOL**, “*La crise du contrat et sa portée*”, in Archivos de Filosofía del Derecho, T. 13, 1968, pp. 25 y 26.

³ Citado por **RIEG**, “*Le rôle de la volonté dans la formation de l’acte juridique d’après les doctrines allemandes de XIXème siècle*”, Archivos de Filosofía del Derecho, T. III, París, 1957, p.



supone debería saber esto, por sus vivencias de la vida¹, y en caso de no tenerlas, no debería jamás fallar sin conocimiento de causa, y su obligación consistiría al menos, en asesorarse en la forma debida.

Debemos ser enfáticos, en precisar que la experiencia forma parte de la función jurisdiccional, y éstos no son meros principios y prácticas; y como lo señala Gaupp-Stein: “Las reglas de la experiencia de la vida y de la cultura general formadas por inducción, mediante la observación de los casos de la práctica, y las reglas especiales de la técnica en las artes, en las ciencias y en la vida social, en el comercio y en la industria... se aplican siempre en el proceso como premisas de los litigios y sus hechos”²

Cuando se prescinde de razonamientos estrictamente jurídicos, cuya importancia se aprecia después de la exégesis, entonces las reglas de la experiencia, adquieren una importancia singular en la exégesis contractual.

El pilar de la exégesis del sistema objetivo, es el criterio del hombre medio y razonable, que al mismo tiempo, es un principio general, que para llegar a ser aplicable, requiere precisiones máximas, dentro de lo posible. El párrafo 157 del B.G.B., nos ayudará a encontrar las precisiones aludidas. En lo sucesivo, analizaremos en lo que nos concierne el B.G.B.

380 Cfr., las explicaciones del profesor **SANTORO PASSARELLI**, principal autor del nuevo Código Civil Italiano.

¹ **DANZ**, “La interpretación de los negocios jurídicos”, 3ª ed., Madrid, 1955, p. 133.

² Citado por **DANZ**, “La interpretación de los negocios jurídicos”, 3ª ed., 1955, pp. 123 y 124.



1.4 PARÁGRAFOS PARA UNA EXÉGESIS

Si bien es cierto, en muchos ordenamientos jurídicos, por antonomasia, en una suerte de sinécdoque, se transmutan al menos una serie de elementos, que por verbi gratia o que por su estructura de preceptos entrelazados y que atienden a un mismo fin, obtienen como beneficio de éste un bien mayor, que sin lugar a duda, *brevitatis causae* y *ad effectum videndi*, diremos que, en muchos otros, el tema se hace más evidente, ya que en alguna sección de su cuerpo legal, lo manifiestan expresamente, y para no entrar en tautologías, pero si en pleonasmos, explicaremos lo que sigue: Por lo ya dicho, sabemos qué es lo que acontece en el Código Civil Ecuatoriano, el Código Civil Chileno, el Código Civil Francés (nuestra alma mater jurídica y legislativa), e incluso en otros más modernos, como es el Código Civil Italiano, que a diferencia del B.G.B., que sólo cuenta en su texto con principios como el “Erklärungstheorie”, contienen un capítulo o una sección consagrada a la exégesis contractual. No ocurre lo mismo con el B.G.B., que en su normativa, no contempla, ni regula, ni contiene la mencionada sección o capítulo. Sin embargo, en uno de sus preceptos, hace alusión a algunos elementos, que en su aplicabilidad, al ser realizada por el exégeta, hace posible que esta aplicación llegue en definitiva, a fijar objetivamente el sentido, más no siempre real a nuestro entender, ni fidedigno, de las convenciones.

Traduciendo fidedignamente, pero al límite de la paráfrasis, el párrafo 157, reza: “Los contratos deben ser interpretados como lo exige la buena fe en relación con los usos sociales”. Debemos dejar en claro, eso sí, que a estos mismos elementos, se le adicionan y aluden en el párrafo 242, lo siguiente: “El deudor está obligado a cumplir la prestación según lo exige la buena fe, en relación conjunta con los usos sociales”. A continuación, los explicaremos en la forma más amigable que nos es posible, para su mejor entendimiento.



1.5 LAS DISTINTAS ACEPCIONES DE LOS TÉRMINOS, DENTRO DE UNA MISMA LENGUA Y LOS USOS.

Debemos anticipar que en este punto, no nos empece tratar los usos sociales en mérito de ellos mismos, ya que eso nos llevaría a estudiar la costumbre y adentrarnos en ella, para establecerla como un valor de derecho consuetudinario. No nos imaginamos siquiera, haciendo un análisis de la costumbre *praeter legem*, como valor a considerar dentro de la exégesis, por tanto, nos remitimos como elemento de exégesis objetiva contractual, a la descripción de los usos y su funcionamiento.

Por la simple lectura de los párrafos del B.G.B. que nos importan, y que fueron ya mencionados, nos percatamos, que los usos no le alcanzan al exégeta, para zanjar la litis sobre el sentido en la discusión. Será, entonces, preciso indagar caso a caso, el uso en su contexto, para hacer posible el esclarecimiento de la convención. Es aquí, donde el lenguaje aparece en la escena de la exégesis contractual para terminar con el conflicto.

Día tras día, las personas ocupan un lenguaje en forma tan reiterada, que terminan por entenderlo de una determinada manera y sentido. Esta reiteración de palabras y acepciones de las mismas en el día a día, es lo que en verdad constituye un uso de carácter social, que en definitiva hará la comunicación más acertiva. Para ello, será fundamental que el Magistrado domine y conozca este lenguaje cotidiano, para lograr la exégesis en el sub judice.

El nacimiento del uso social, es consecuencia de la formación consuetudinaria, que se traducirá más tarde, en una norma de derecho escrito, con su correlativa promulgación. Por ser un hecho irredargüible, no nos debemos sorprender, que el derecho de carácter legal, tenga como soporte y encuentre en éste el derecho consuetudinario, que a la sazón, es el único apto para encontrar el desiderátum del pueblo, de tal forma que, cuando el legislador regla un contrato determinado, el



desconcierto es máximo, ya que a la misma solución legal, se llegaría aplicando o haciendo uso del derecho consuetudinario. Ésta es la importancia de la estrecha relación que existe entre usos sociales y lenguaje.

Sin tomar en cuenta, o más bien, sin perjuicio de los preceptos legales, es decisivo en la exégesis, el lenguaje. Si una persona le solicita a un amigo dinero en el pueblo Ecuatoriano, diciéndole que le presta 100 dólares, de acuerdo a los usos del Ecuador; en lo relativo al pueblo, el exégeta deberá entender que el “te presto 100 dólares”, debe ser considerado como una petición de préstamo de dinero, y no como un ofrecimiento de éste, y al mismo tiempo, determinar de acuerdo a los usos, y también a la significación del lenguaje amical, si se trata de préstamo o donación. Este es el caso entre amigos, porque la situación en referencia, podría ser muy distinta cuando se hace entre familiares. Hay que destacar sí, que el uso corriente del lenguaje en las reglas interpretativas, serán siempre, en estas últimas, de carácter general, ya que hay situaciones de antemano, que así la justifican. El exégeta no podrá develarlas, por motivo de la especie particular en conflicto, pues lo usual, jamás podrá devenir de lo que es individual, como en el ejemplo señalado.

El B.G.B. tiene los elementos que son capaces de conducir la exégesis objetiva, y éstos son los usos sociales, que son verdaderas normas jurídicas de valer práctico. Los parágrafos 157 y 242, así lo establecen. Como su aplicación por el exégeta no es específica, por cuanto éstos no figuran en catálogo o codificación legislativa, por lo tanto, no tendrá más alternativa que fijarlos de acuerdo a una elección que haga el Magistrado, de aquellos que tengan injerencia y conciernan a la especie.

En el seno de poblaciones más bien vastas, surgen de un modo espontáneo, los usos sociales, y quien debe destacar las reglas populares y materializarlas, cuando dirima litigios concretos, es el Magistrado. Esta labor que desarrolla el Magistrado, se encuentra tarde o temprano, con la



que ostenta el legislador. Cada uno por su parte, fija reglas enraizadas en la tradición de la costumbre, sólo que el primero, lo hace para un caso concreto y ex profeso, a diferencia del segundo, que lo hace, como todos sabemos, cuando dicta normas al respecto en forma general. Hacer esta comparación, es de común ocurrencia en la doctrina proclive a la exégesis objetiva. El doctor en derecho, doctrinario, tratadista y profesor, SALEILLES, lo deja meridianamente claro, cuando dice: “El juez tiene la misión de hacer, con respecto al vínculo jurídico concreto creado por la declaración, lo que la ley hace, de manera abstracta, respecto a la reglamentación de los contratos, o sea, colmar las lagunas de la voluntad de las partes, mediante deducciones interpretativas o supletorias de sus voluntades. Tiene un poder reglamentario o supletorio que consiste, respecto a las dificultades que surgen entre las partes..., en efectuar la reglamentación de los intereses en causa, en el sentido más acorde al fin perseguido, a los usos y a la buena fe recíproca”.

Muchas consideraciones debe tener en cuenta el exégeta, en la materialización de los usos relacionados con la especie. Estas consideraciones, atañen a los focos poblacionales a los que son aplicables los usos, como también al lugar, tiempo y otros. En lo que atañe al tiempo, deben estar vigentes al momento de la exégesis, en cambio, estos usos sociales, cuando atañen al lugar donde se van a aplicar, no siempre relativo a la nación completa, puesto que éstos, en muchas ocasiones, varían de un lugar a otro dentro de la misma. Así por ejemplo, en la capital de Ecuador, es usual que los arrendamientos destinados a habitación, no incluyan ni luz ni agua, en cambio en Cuenca, por lo general o en su mayoría de las veces, sí incluyen estos servicios en el canon de arrendamiento.

Otros ejemplos incluyen e involucran a profesionales que se rigen por usos propios, y muchos de ellos, ni siquiera son conocidos fuera del círculo de la profesión que ejercen, por lo tanto estos usos, carecen de toda relevancia y no importan sino a aquellos que integran el círculo social respectivo. Así podríamos dar muchos ejemplos similares, en diferentes



aspectos del quehacer humano del día a día, pero nos remitiremos, para ser más breves, y sobre todo en los casos que involucra el círculo de la judicatura, y en general, de los jurisprudenciales, a la *Juristische Wochenschrift*, que nos regalará cientos de casos¹.

No es de extrañar, que los usos sociales sean un muy útil elemento de exégesis para el Magistrado, ya que tienen la facultad de ser coercibles, como lo explicamos *ut supra*. Tanto es así, que éstos deben aplicarse, aún cuando las partes ignoren y en contra de su voluntad, por lo tanto, también carece de toda importancia, que hayan sido previamente conocidos por los contratantes. Entonces cabe preguntarnos, si en alguna ocasión no tienen cabida; y la respuesta es muy simple. Al igual que en otros sistemas de interpretación, las partes los pueden excluir formalmente, por supuesto de común acuerdo, y al momento de contratar, y en ese caso, el Magistrado podrá prescindir de ellos. En cualquier otro caso, y en especial ante opiniones contradictorias de las partes, el juez debe aplicarlos y determinar por este medio, el sentido del contrato.

Tanta es la importancia que tiene este elemento de interpretación, que ante un conflicto con las normas supletorias, primarán siempre los primeros, y por una razón muy sencilla. Cuando hay vacíos en las disposiciones contractuales, entran a regir las normas supletorias; pero si los usos pueden determinar el contenido de la disposición, la laguna contractual queda suprimida. Por lo tanto, las normas supletorias tienen su aplicación, sólo con respecto a los puntos no resueltos por los usos sociales que se encuentran vigentes al momento de la celebración del contrato, o a *fortiori*, si no hubiese usos que puedan dilucidar la situación que se encuentra para resolver en manos del Magistrado.

Pero el B.G.B. no sólo hace un reenvío en situaciones conflictivas a los usos sociales, sino que de igual forma, hace con la buena fe. Esto queda claramente establecido en los preceptos 157 y 242.

¹ *Juristische Wochenschrift*, 1907, p. 145 y ss.



1.6 ¿EN QUÉ CONSISTE LA BUENA FE, COMO ELEMENTO DE LA EXÉGESIS CONTRACTUAL?

Tanta es la frialdad y la poca confianza en los elementos subjetivos, además de elementos que se consideran vagos en este lejano país, que los tribunales alemanes, desde larga data que vienen sosteniendo, que la buena fe entorpece en asentar como contenido de la declaración, algo distinto a lo que es usual y por la razón normal, a no ser que las partes hayan hecho reserva expresa de algo distinto. Entendido de esta forma, la buena fe, sin perjuicio de lo ya dicho, tendrá cabida en la exégesis, cuando se efectúe de acuerdo a lo que establecen los usos, es decir, está supeditada a una entelequia relativa a los mismos.

En principio, ninguna de las virtudes que conlleva en sí misma la acepción subjetiva de la buena fe, al menos así entendida en el sistema objetivo, tendrá cabida en este último.

La lealtad, la confianza, honorabilidad y seguridad, se traducen en este sistema, en lo que sigue: Las personas que vierten en el contrato su declaración, deberán siempre anticipar que ésta sólo producirá los efectos usuales en la misma, es decir, los que habitualmente se producirían en una declaración parecida. Es tan fuerte esta concepción, que los tribunales no pueden ir en contra de esta creencia. Se prescribe en los fallos, por ejemplo, que el deudor cumpla con la prestación que usualmente corresponda y sea atingente, en un caso como el de la especie que damos en este ejemplo. No hay otra forma de salvaguardar el comercio jurídico. Quien otorga su voluntad en un contrato, lo hace con el convencimiento, que se le dará el alcance que normalmente le daría cualquier otra persona, y siendo así, tiene la garantía que implica saber, que la otra parte en el contrato no podrá darle un significado subjetivo distinto, y que en caso de exégesis, el Magistrado determinará los efectos de esa declaración, considerando sólo aquello que es usual dentro del marco social en que se ha celebrado el contrato, y ningún otro que no sea



de la común ocurrencia, para ese caso concreto de exégesis. Ahora bien, si los cocontratantes están de acuerdo y atribuyen otro sentido del usual a la declaración, ahora sí, la buena fe exige dicho acuerdo en común, y por lo tanto, también exige al exégeta, dejar de lado los usos sociales para atenerse solamente a lo expresado por las partes.

Si las partes acuerdan en la declaración, que sus palabras y expresiones tendrán un sentido determinado, no será el juez, quien pueda contravenir el acuerdo en común de los cocontratantes. De igual forma, si uno de los cocontratantes, habiéndose percatado de que los usos le son más favorables que el mismo acuerdo, a posteriori, esto será rechazado de plano por el Magistrado.

Este tipo de exégesis, que involucra el sancionar la voluntad de los cocontratantes después de haber llegado a un común acuerdo, no es de común ocurrencia en este sistema, puesto que cuando esto ocurre, y las partes deciden apartarse de lo usual, lo normal es que la exégesis no exista, es decir, nunca se llevará a efecto. Ahora, si uno de los cocontratantes, niega la existencia del común acuerdo, o no quiere respetarlo, entonces podría darse a lugar la posibilidad exegetica. Pero como esto es una excepción, puesto que la voluntad que cuenta en este sistema, es la voluntad común evidente de los cocontratantes, en muy mal pie quedará la parte que niegue la evidencia en cuestión.

Demás está decir, que el intérprete no buscará jamás la voluntad común de los partícipes en el contrato (tal elemento psicológico está fuera de la exégesis objetiva), substrayéndose, en el mejor de los casos, a constatar el expreso acuerdo de los cocontratantes, sobre el sentido de la declaración que han estampado en el contrato; pero, si este acuerdo se hace evidente, el Magistrado lo aplicará. Si las cosas se dan de esta manera, donde existen partes razonables, sería muy extraño que discuta la validez de un acuerdo de este tipo, y al no haber discrepancia, la exégesis no tendrá lugar.



Este principio, no hace más que reiterar el inmenso valor que tienen los usos en la exégesis, salvo en el supuesto de *ut supra*, donde hay un acuerdo evidente, que tiene como fin, entregar a la declaración un significado distinto a lo usual. En caso de no existir tal acuerdo, ni especificidad de usos sociales, que puedan decirnos claramente el sentido de la convención en conflicto, la buena fe exige en definitiva, que el juez exégeta aplique el criterio del hombre correcto, y haciéndose la pregunta, de cómo entendería la convención un hombre de esta característica.

Como sabemos, la exégesis objetiva tiene muchos adeptos, y ninguno de ellos, y bajo ningún respecto, siquiera mencionan a la equidad como elemento exegético. Pero a nuestro juicio, la exégesis conforme a la equidad, no difiere del criterio del hombre correcto, que si esgrimen, mencionan y avalan. Esto es lo que se concluye con meridiana nitidez, al analizar las actuaciones concretas efectuadas por la doctrina alemana de este tipo de exégesis, en su último criterio.

Ante la duda, debe interpretarse en contra de quien hizo la redacción, esto de acuerdo al estándar del hombre correcto, y que es un criterio, que por lo demás, sí aplica al seguro, a cláusulas penales, y a convenciones restrictivas de los derechos de una parte, *verbi gratia*, a una cláusula de no competencia. El dolo o el fraude, no es necesario acreditarlo, refiriéndonos a la conducta del redactor para actuar de esta manera; tampoco se colige del empleo de términos oscuros, que ha habido incorrección del redactor, que el contratante no estaba en posición de comprender. Si se le diese el favor al redactor en el contrato, concluiríamos en un resultado poco feliz y aberrante para otro partícipe en el contrato, ya que de haber conocido esta situación, simple y llanamente, no habría contratado. Por esto, es que es exigido por el principio de la buena fe, que la exégesis se efectúe contra el redactor, que en definitiva, es responsable de los términos del contrato que adolecen de obscuridad.

Por lo demás, a tal conclusión llegaría todo hombre correcto.



Ahora, en el caso de que una de las partes no haya redactado directamente el contrato, existe una regla de exégesis subsidiaria, que nos dice que en tal caso, el contrato se interpretará en desmedro del acreedor. Pero esta regla, como la precedente, que no la consagró el B.G.B., también tiene validez en Alemania, gracias a la concepción del criterio del hombre correcto.

Cuando la parte perjudicada, impide la realización del contrato procediendo contra la buena fe, la condición se reputará cumplida, según lo establece el B.G.B., en su parágrafo 162, y a contrario sensu, también contemplado en el B.G.B., en el parágrafo ya señalado, cuando la parte que en su cumplimiento reportaría un provecho, provocando su realización y yendo contra la buena fe, entonces la condición se reputará fallida. Cuando se utiliza el término “procediendo contra la buena fe”, nos lleva a afirmar, que el Magistrado debe ubicarse en el lugar de una persona correcta, para saber si la condición, en cuanto a su cumplimiento o incumplimiento, ha sido la consecuencia de una situación incierta, o bien, si se ha transgredido el espíritu del acuerdo en forma consciente que comportaba la condición del contrato.

Esto mismo ocurre, cuando la ley hace referencia a la buena fe en otros casos similares, sobre la base del comportamiento que un hombre correcto, en situación como la de la especie, habría tenido. Ésta es concretamente, la perspectiva que el juez debe hacer en su raciocinio, para determinar la exégesis del contrato.

A pesar de todo lo dicho y expuesto, ya sea en forma tácita o en forma expresa, el rol que tiene la buena fe es muy importante en el derecho civil, a pesar de los resquemores que esta noción inspira en el sistema que actualmente nos ocupa. No obstante de todo lo visto, lo que tratamos, es de precisar lo mejor posible, lo que este principio significa como elemento de la exégesis contractual, lo que será imprescindible para que este principio sea aplicable.



Visto de este ángulo, nos hemos percatado, de que ésta es una materia, que perfectamente podría constituir el objeto de una investigación, entre muchas disciplinas. No sería extraño, que con el correr del tiempo, la buena fe sea considerada como un elemento interpretativo, también podría constituir una autonomía en sí misma, que tuviese una tarea específica, cuya praxis nos permitiría tal vez, sobreponernos a los desaciertos e incertidumbres que sobre la exégesis, aún se arraigan¹. Pero aún no se le ha considerado como tal.

De lo estudiado, concluimos a nuestro juicio, y adicionando a esto, el silencio que la jurisprudencia y la doctrina han guardado al respecto, que la buena fe no se ha revelado, ni es elemento de exégesis autónomo. Sólo podemos concluir, que es una regla referencial de exégesis contractual que sirve de índice al Magistrado, para señalarle los elementos capaces de fijar el sentido y la prioridad de las convenciones en conflicto: De acuerdo a este principio, el exégeta debe ejecutar como primera medida, la voluntad común de las partes, siempre y cuando, por cierto, se trate de una evidente voluntad y siempre que sea imposible hacer indagatorias en el proceso de orden psicológico; seguidamente, lo más común, es que el exégeta deba ejecutar los usos sociales vigentes, y cuando éstos faltan, la equidad en definitiva.

¹ Un equipo de investigadores, pertenecientes a disciplinas diversas, pero poseedores de una sólida base de conocimientos y motivaciones comunes que les permitan dialogar, podría elaborar una definición de la buena fe de una manera autónoma y precisar consecuencialmente los cometidos que le caben en la función interpretativa. Sería menester analizar no sólo los datos que el derecho puede aportar al proyecto, sino que también aquéllos que la economía, la sociología y la ciencia política consideren más relevantes a los propósitos perseguidos. Finalmente, habría que elegir, habría que tomar posición, ya que, sin duda, varias soluciones serían posibles, pues no hay un resultado que, científicamente, sea el único válido. Esta elección, aunque precedida de un trabajo propiamente científico muy serio, pertenece a la política jurídica (Cfr. **KELSEN**, *Théorie pure du droit*, traducción al francés de Eisenmann, París, 1962, especialmente N° 14 y ss. V. también **ROUBIER**, *“Théorie générale du droit”*, 2ª ed., París, 1951, p. 87), siendo ella indispensable si se pretende desembocar en un régimen interpretativo que, aunque susceptibles de ser cuestionados en su concepción global, sea seguro y claro, del cual los ciudadanos no tengan que temer la inspiración de soluciones concretas inesperadas o contradictorias.

Así —teniendo, por cierto, en cuenta la naturaleza del derecho, que, como no constituye una ciencia natural, como no está regido por el principio de la casualidad, deberá siempre soportar el yugo de ciertas incertidumbres en sus concepciones— se puede lograr construir sistemas mejor ajustados, colaborando al progreso de la ciencia jurídica.



Ya habiendo analizado en la exégesis objetiva contractual los elementos funcionales, ahora examinaremos, cuál es la postura y actitud alemana en su jurisprudencia frente a éstos.

1.7 POSTURA ALEMANA EN SU JURISPRUDENCIA

Habiendo hecho, sobre el sistema objetivo de exégesis, una descripción global, nos damos cuenta que la jurisprudencia alemana la corrobora extensamente. Y como nos dice el doctor RIEG, en su Tesis Doctoral, “el juez alemán antes que nada procura hacerse del acto jurídico una imagen objetiva. Él despoja a los autores de su personalidad propia, tratándolos como seres abstractos provistos de una inteligencia mediana, ubicados en análogas circunstancias, y que respetarían la buena fe y los usos. Este principio ha guiado a la jurisprudencia desde siempre y ha sido enunciado muchas veces”¹.

Buena prueba de lo expuesto, lo grafica el siguiente fallo, muy representativo, dictado por la Corte Federal, el 18 de Diciembre de 1954: “Según lo preceptúa uno de los párrafos del B.G.B., los contratos deben interpretarse como lo exige la buena fe, en correlación con los usos sociales. La interpretación debe, por tanto —considerando el fin del contrato, el principio de la buena fe y los usos—, partir de las representaciones reconocibles de las partes al momento de la conclusión del contrato. El párrafo 157, impone al juez el deber de determinar el contenido integral del contrato, según una escala objetiva...”².

El aspecto económico, es uno de los fines que interesan a las partes. Esto lo tienen muy en cuenta los tribunales al efectuar la exégesis.

¹ RIEG, “*Le rôle de la volonté dans l’acte juridique en droit civil français et allemand*”, Tesis, Estrasburgo, 1958, p. 412. De esta Tesis hemos tomado algunos de los fallos, a los que se alude de ahora en más, en este acápite.

² BGHZ, 16-72, 1955, pp. 321 a 329.



A continuación de lo ya visto, en forma directa y también tangencial, citaremos ejemplos y casos que rolan en la BGHZ, como también en la RGZ, Tribunal Supremo de Comercio y principalmente, en el Reichsgericht. Dicho esto, empezaremos con un caso que se guarda en los registros de la RGZ y también en el Reichsgericht.

En un contrato de arrendamiento de la R.F.A., en la que una de sus cláusulas, estipulaba que el canon se pagaría el día 1° de cada trimestre, y se estipulaba también que el arrendador se reservaba el derecho de resciliar unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento, y ocurrió que en uno de los vencimientos, el arrendatario sólo pagó los 5/6 de la renta. Como el arrendador hizo uso de su derecho de resciliación, el arrendatario llevó el asunto a los tribunales, argumentando que la resciliación se justificaba únicamente, en el evento de no pago completa de la renta. La Corte de Apelaciones le dio la razón, pero el Reichsgericht casó el fallo, diciendo lo siguiente: “La interpretación de la Corte viola las reglas legales de la exégesis, y esto lo contiene el B.G.B., en los párrafos 133 y 157... no toma en cuenta el fin económico perseguido por las partes a través de esta cláusula del acto. Ahora bien, este fin económico es particularmente importante para la exégesis. El arrendador tiene un interés considerable en el pago puntual de la renta, puesto que necesita de ese pago para cancelar los intereses de hipotecas, los impuestos y otros gastos, de modo que el no pago puede causarle grave molestias. Este interés del arrendador sólo se satisface cuando el arrendatario paga a tiempo la totalidad o la casi totalidad de la renta vencida. Pero, según la interpretación de la Corte de Apelaciones, la entrega, aún de una parte ínfima de la renta, privaría al arrendador del derecho de resciliación unilateral...”

Siempre se ha afirmado, y también por los tribunales se ha fallado, de que la interpretación dada al contrato por uno de los contratantes, en su fuero interno, carece de todo valor, ya que “la declaración, vale tal como los destinatarios deberían comprenderla según la buena fe y los



usos”¹, se concluye por lo tanto, que el fuero interno y voluntad psicológica, resultan así, algo indiferente para la exégesis.

Nada interesa el conocimiento que los contratantes puedan tener de los usos y su aplicación en materia contractual. Esto lo veremos claramente en el siguiente ejemplo: Con respecto a las ventas de algodón que se encuentran en tránsito, camino a su destinatario o comprador, en Amsterdam es usual, que si la mercadería resulta ser de baja calidad, en relación a la convenida, el comprador no pueda demandar la rescisión del contrato, teniéndose que conformar con respecto al vendedor, que éste haga una disminución del precio de la transacción, y el monto lo fija un árbitro, que en dicha ciudad, o sea Amsterdam, tiene sede. Por tal motivo, el Tribunal Supremo de Comercio, no dio lugar a una demanda de rescisión de una venta de algodón, a pesar de que su argumentación por parte del comprador, tenía su fundamento, en que este último, ignoraba el uso señalado².

En otro ejemplo de exégesis, de acuerdo a los usos sociales, se decide que la venta de un establecimiento de comercio, conmina al vendedor, aunque no haya una estipulación expresa, a la renuncia de toda competencia³; el contrato de abastecimiento, convierte al proveedor en garante del subproveedor⁴; que un establecimiento crediticio, puede resciliar el contrato celebrado con un cliente, si sobreviene un cambio en la fortuna de este último⁵.

Respecto a la buena fe, ella “prohíbe estimar como no querido lo que es usual, salvo reserva expresa”⁶. El Magistrado que no sabe sobre

¹ Reichsgericht, 4 de enero de 1918.

² Tribunal Supremo de Comercio, T. 7, N° 1, p. 1 y ss.

³ Reichsgericht, 31 de mayo de 1927. RGZ, 117-177.

⁴ Reichsgericht, 9 de diciembre de 1921. RGZ. 103-181.

⁵ Reichsgericht, 16 de febrero de 1907. RGZ. 65-188.

⁶ Tribunal Supremo de Comercio, T. 3, p. 3.



los usos sociales, no puede decidir lo que exige la buena fe, ya que, el hecho de no saber, perjudicaría las partes con respecto a las que él falla, además de que el conocer y saber, si una conducta viola las obligaciones derivadas de un contrato interpretado según la buena fe, no puede ser resuelta, sino considerando los usos sociales, las costumbres y prácticas vigentes en la vida comercial¹. Pero si sucede que el sentido subjetivo que uno de los contratantes demuestra que quiso dar al contrato, y por ende, a su declaración de voluntad y ésta fue conocida por su cocontratante, es el mismo principio de la buena fe que exige que se interprete el tenor literal en tal sentido, y no en aquél, por más que fuera el usual².

Para terminar, diremos que, a falta de usos sociales y de común voluntad de las partes, la buena fe se impone en una interpretación de acuerdo al criterio del “hombre correcto”. Este ángulo de la buena fe, lleva al Reichsgericht a hacer una exégesis de los contratos dudosos en contra del redactor, sobre todo, tratándose de seguros y todo lo que a ello concierne³.

En otra circunstancia, este mismo tribunal, ha declarado: “Si aplicando el principio de la buena fe debe buscarse una imagen objetiva, todos los intereses y todas las circunstancias de la especie deben ser consideradas en la medida que estén al alcance del Magistrado...”⁴.

Sin perjuicio de lo ya dicho, el B.G.B. y su jurisprudencia, hacen alusión a la voluntad interna en muchas ocasiones, lo que nos deja en claro, que ésta es y será útil siempre en los conflictos de exégesis contractual.

¹ Reichsgericht, RGZ. T. 61, N° 25, p. 94.

² Reichsgericht, RGZ. T. 53, N° 17, p. 62; T. 66, N° 104, p. 427.

³ RGZ, T. 10, N° 43, p. 158, T. 18, N° 28, p. 143.

⁴ RGZ, T. 116, N° 93, p. 96.



1.8 LA VOLUNTAD INTERNA EN EL DERECHO ALEMÁN

Cuando nos referimos a la voluntad subjetiva en la exégesis, podemos pensar erradamente, pero con bases, que los tribunales alemanes, al hacer mención de ella, esta mención se constituye simplemente en meros recuerdos y nostalgia de los postulados, superados ya hace mucho tiempo, de la “Willenstheorie”¹.

Para graficar esto, traduciremos el contexto del siguiente ejemplo: Un literato había concluido un contrato, cediéndole al editor sus derechos de autor. Posteriormente, el editor quiere ejercer sus derechos y verterlos y entregarlos a la radiodifusión de la obra que adquirió, y el literato se opone. La Corte de Apelaciones, considerando que sólo el recurso a la voluntad de las partes podía resolver el litigio, rechazando la pretensión del editor. El Reichsgericht confirma la sentencia, ya que “para la interpretación de las convenciones, es y será siempre de una gran importancia, el querer de los interesados al concluir el contrato. Por lo tanto, no se le puede dar al objeto del contrato, un sentido, que en vez de interpretar la voluntad de acuerdo al principio de la buena fe, lo contradiga. La sentencia de la Corte de Apelaciones, dice que toda cesión de los derechos de autor, debe estar al servicio de algunos objetivos. Si no se estipula nada en contrario, la cesión no contempla, de acuerdo a la voluntad de las partes, en general, sino tan sólo a lo que el cesionario necesitase en el instante en que concluyó el contrato, para de esta manera, ejecutar los quehaceres que se hubiese trazado”².

Lamentablemente, pero es una realidad, la doctrina y sus polémicas y disquisiciones hechas por los autores, no constituyen preocupación para los tribunales alemanes. Qué otra explicación se le podría dar a una sentencia como la que se acaba de traer a colación. Pero esto no es justificación para que esto acontezca así. La solución

¹ El profesor **RIEG** no comparte esta opinión. Comentando los fallos recién aludidos ut supra, ve en ellos el símbolo de la necesidad, absolutamente indispensable, de tomar en cuenta la voluntad interna en la exégesis contractual. “*Le rôle de la volonté dans la formation de l’acte juridique d’après les doctrines allemandes du XIXème siècle*”, T. V, París 1961, p. 225 y ss.

² Reichsgericht, 16 de febrero de 1929. RGZ, 123-312.



podría haber llegado por otra vía. Como fuere, el criterio del hombre correcto y la aplicación de las directivas fundadas en la equidad, hubieran llevado al intérprete a la misma decisión, sin necesidad de referirse a lo que las partes quisieron al concluir el contrato. Sin lugar a duda, ellos no previeron las consecuencias de la radiodifusión, ya que si lo hubiesen hecho, hubieran incluido una cláusula expresa en sus deposiciones y resuelto el asunto de la forma señalada. Por lo tanto, como las partes nada quisieron, el recurso de la voluntad, una vez más nos demuestra, y al mismo tiempo, se devela aquí, como un artificio del espíritu, o bien como una ficción, que en definitiva, viene en cierta forma y tristemente, a dar la razón a las jurisdicciones alemanas.

Por otra parte, la judicatura en algunas ocasiones, se refiere a la voluntad hipotética de los que contratan, para de esta manera, explicar el complemento que debe añadirse a las deposiciones que tienen vacíos o lagunas. Siendo así, la GHZ declara: “Es, pues, necesario, por vía de exégesis completiva, determinar y obedecer lo que no han declarado las partes, pero que lo hubiesen hecho si hubiesen reglamentado el punto litigioso de la misma forma”¹. Sentencias parecidas son igualmente discutibles; la voluntad probable de las partes... eso no significa nada; por el contrario, el criterio del hombre razonable, probo y medianamente inteligente, siempre estará en disposición de justificar la exégesis completiva de los vacíos en los contratos. Más aún, así razonando, no autoriza a los Magistrados para extraer del contrato lo que se le guisa, aún más cuando su aplicación al contrato sin consenso, se le debe considerar como una *quaestio juris*, proclive como lo que es, de ser revisada por el RGZ, que por cierto, siempre será por vía de la casación que revisará, y en definitiva, conocerá de las causas.

Si las sentencias antes vistas, nos hacen percatarnos que el derecho jurisprudencial se crea, en algunas ocasiones, errando y acertando; en el camino de un proceso cuyas contradicciones y

¹ Corte Federal, 18 de septiembre de 1954. BGHZ, 16-72. En el mismo sentido, Corte Federal, 22 de abril de 1953. BGHZ, 9-273.



retrocesos no faltan, éstos, en cualquier caso, son excepcionales dentro del concierto de fallos a que se ha hecho alusión, y los emanados por los organismos jurisdiccionales mencionados en éste y anteriores acápites. Por lo tanto, no nos es lícito, figurativamente hablando, que de su existencia podemos desprender, que el B.G.B. y su jurisprudencia, se han desviado del camino objetivo, ya que haciendo análisis más profundos, veremos y concluiremos que no es así.

Las sentencias de las jurisdicciones alemanas, se sustentan de ordinario en la trinchera de los párrafos 133 y 157, lo que no nos provoca ninguna dificultad para distinguir con meridiana claridad, los papeles que juegan una y otra disposición, baluartes del sistema objetivo de exégesis en los contratos y convenciones.

1.9 PUNTOS DE ENCUENTRO ENTRE DISPOSICIONES CITADAS DEL B.G.B.

Se han hecho afirmaciones susceptibles de discusión y que a continuación discutiremos y también desmentiremos, vertidas por algunos autores que se han ocupado especialmente de la exégesis contractual, y nos referimos específicamente a algunos autores franceses, que han hecho estas afirmaciones con motivo de la relación que existe en el B.G.B., y para ser más específicos, entre los párrafos 133 y 157.

Hay un autor, que se ha atrevido a explicar contradicciones esenciales del B.G.B., y nos referimos al profesor RIEG. Según él, lo que hace, es clarificar antagonismos del derecho alemán, de los párrafos 133 y 157. Dice que en estas disposiciones, se consagrarían dos principios de carácter antagónico. Señala que lo preceptuado el 133, prácticamente obligaría a hacer una indagatoria subjetiva de la voluntad real, y lo preceptuado en el 157, la determinación objetiva del alcance del contrato. Esta disputa tendría su solución en la praxis procesal, arguyendo que el párrafo 133, sólo sería aplicable en materia testamentaria, y en declaraciones no constitutivas de contratos negociables; entendemos así, que el ámbito de aplicación del párrafo



133, habría quedado circunscrito al testamento y al derecho de familia. Por el contrario, en lo que a declaraciones constitutivas de actos negociables se refiere (todos los contratos patrimoniales y aún ciertos actos unilaterales, como las promesas de recompensa), deberían tener su exégesis sólo a la luz del párrafo 157. Por lo tanto, como señala RIEG, no tendría ninguna injerencia en la exégesis contractual, el párrafo 133. En relación a éstos, el párrafo 157, habría hecho suyo el párrafo 133.

Paralelo a esto, en cuanto a su contenido en materia, otra opinión nos sorprende aún más, y no es nada menos que el doctor y tratadista, DEREUX, quien sostiene en su Tesis Doctoral¹ que, en materia extracontractual, aplicando el párrafo 133, el exégeta tendría que exclusivamente abocarse a la indagatoria de voluntades, en tanto que, en materia contractual, haciendo uso del precepto 157, la observancia de la buena fe y de los usos, permitirían al exégeta, dilucidar en qué medida debe tomar en cuenta cada una de las voluntades en presencia.

Frente a estas disquisiciones, tiene lugar el recordar, que si en su génesis, en lo histórico, el párrafo 133 del Código Alemán pudo entrelazarse al artículo 1156 del Código de Napoleón, esto es, a un método subjetivo y psicológico de exégesis, esto más tarde tuvo un vuelco, de manera tal, que en el B.G.B., el auténtico alcance del precepto 133, de subjetivo no tiene nada. Por lo tanto, hoy en día, DEREUX no puede tener razón, pues en el sistema que se emplea allende del Rhin, la exégesis contractual se hace sin tomar en consideración las voluntades subjetivas en presencia, de acuerdo a criterios objetivos.

No podemos esperar, que el precepto 133 esté exento de toda importancia en la exégesis contractual. De hecho, el B.G.B. y su jurisprudencia, en la mayoría de sus fallos, aluden al precepto 133, sin perjuicio de hacerlo también al precepto 157, por lo que estimamos que el B.G.B. tiene razón, ya que resultan complementarias las dos

¹ *De l'interprétation des actes juridiques privés*, Tesis, París, 1905, pp. 388 a 390.



disposiciones aludidas. Nos señala el precepto 133, sobre qué debe recaer la exégesis, y dice algo así como, que el texto del contrato enriquecido con todas las circunstancias objetivas de la especie; rechaza la exégesis literal. En cambio, el precepto 157, establece la manera de fijar el alcance de la convención; mencionando los usos sociales y la buena fe, como herramientas exegéticas. En cambio el parágrafo 133, por lo tanto, dista mucho de recomendarnos ir a la voluntad psicológica de los contratantes, nos señala también que la exégesis objetiva, debe efectuarse en relación a un material, en el que figuran al lado del texto contractual, las circunstancias de la especie, atrayendo, sobre estas últimas, la atención.

Ahora que estamos concluyendo el capítulo, sería apropiado acentuar los marcados tintes y diferencias paradigmáticas del sistema ostentado por el B.G.B y el sistema francés, en el tema que nos ocupa en esta tesis.

1.10 DIVERGENCIAS ENTRE EL B.G.B. Y EL FRANCÉS, EN CUANTO A SUS SISTEMAS.

Una suerte de rebelión se dio a lugar en Francia en contra del sistema puramente subjetivo de exégesis contractual. Ésta tuvo como principal motivo, superar al sistema arcaico e intentando borrar para siempre los excesos en que éste había incurrido, como por ejemplo, extirpando ratiocinios imaginarios, con el fin de justificar la validación de voluntades que nunca existieron. Esta suerte de rebelión, tuvo sus consecuencias en la reglamentación imperativa de los más representativos contratos por adhesión, cuya exégesis, como consecuencia de esto, ha ido desapareciendo. Pero qué duda cabe, del hecho de que el sistema de exégesis francés, sigue siendo un sistema subjetivo, incluso como lo apreciamos hoy en día, y en el estudio que hemos hecho de él al confeccionar esta tesis.



El doctor y profesor MEYNIAL, en sus observaciones, se ha percatado de algunos fenómenos, y como resultado de esta observación, ha concluido que, “hay, entre la ley alemana y la ley francesa, oposiciones casi irreductibles... no quiero hablar sino del sistema de exégesis que nos ofrece el B.G.B.”.

Por supuesto, que la brecha que distancia al Código Civil Francés, en su artículo 1156, con respecto al B.G.B., en su párrafo 133, es gigantesca. En cuanto a la primera de éstas, podemos señalar, que ordena la búsqueda la común intención de los cocontratantes, y otorgándoles de esta manera, toda la razón a muchos autores contemporáneos como MARTY y RAYNAUD, que dicen al referirse al derecho positivo francés, “que éste permanece fiel a la teoría, que como sabemos, atribuye a la voluntad real una gran importancia, descansando en la fuerza obligatoria del contrato sobre la voluntad. Si necesitamos saber, si una determinada persona ha querido adherir a un acto jurídico y en qué medida lo ha querido, no hay que observar lo que ella ha dicho, sino más bien, indagar lo que el individuo ha querido en su interior. Concluimos de todo esto, que en la exégesis contractual, se deberá buscar la voluntad real de los partícipes en el contrato, sin repararen cómo se han expresado y en los términos que han usado”¹. Nada parecido dispone el Código Civil Alemán, en el párrafo 133, al menos como se le entiende hoy en día. Si como corolario de la buena fe, el exégeta alemán debe respetar la evidente común voluntad, no deberá hacer indagatorias de orden psicológico, para saber realmente, qué es lo que quieren los contratantes. A contrario sensu, sólo le cabe al Magistrado teutón, frente a un contrato entendido de modo diferente por las partes en conflicto o empapado con lagunas, aplicar en la exégesis criterios objetivos, y ninguna otra herramienta para tales efectos.

¹ Droit Civil, T. II, vol. I, “*Les obligations*”, París, 1962. Cfr. **RIPERT Y BOULANGER**, *Traité de droit civil d’après le traité de Planiol*, T. II.



Debemos decir, que ambos sistemas exegéticos, no difieren solamente en espíritu ni en la armadura que utilizan, ya que lo mismo acontece con las soluciones que en la praxis dan a los problemas que se les suscitan. Como siempre hemos sabido, en lo que respecta a los fallos franceses, que guarnecen en su jurisprudencia, que se siguen ubicando en el terreno voluntarista para estimular así y en cierta forma presionar los fallos, en materia de exégesis, y es más, si uno que otro fallo, asientan soluciones irreconciliables, o al menos muy difícil de serlo, con una voluntad real de los contratantes, son éstos, sin embargo, vinculados y estimulados, a contrapelo, en la voluntad probable o intención de los partícipes en el contrato. Se puede decir cualquier cosa, pero en Francia no están nada de superados los tiempos del reinado de la voluntad.

Así en Alemania, la inmensa mayoría de los fallos, hacen mención a los usos y también referencia a la buena fe, elementos que en las sentencias francesas, rara vez se encuentran. Y si por alguna razón, una que otra doctrina influencia a la jurisprudencia considerando a la buena fe, es bien sabido que la doctrina francesa, en su mayoría, nunca ha estimulado, ni ha pretendido darle vida a este principio. Y contrariamente con lo que ocurre en Alemania, en lo que a la jurisprudencia se refiere, “en Francia es muy poco frecuente que los tribunales recurran a esta noción, a tal punto, que se ha podido considerarla inútil”¹. Este hecho se podría justificar diciendo que se le atribuye tal situación, por el hecho de que a la buena fe le falta autonomía y de un original significado, que sólo a ella pertenezca; no obstante, si observamos la política que tienen los tribunales, respecto a los elementos que de la buena fe emanan (equidad y usos), que en este caso, sí le pertenecen y tienen autonomía conceptual, nos damos cuenta que tampoco la consideran las sentencias; y si excepcionalmente se hace referencia a los usos y esto es posible de comprobar, esto se debe exclusivamente, que la ley los reenvía a la costumbre, pero esto no significa que tengan un valor exegético propio, lo que en definitiva, hace una gran diferencia con el derecho teutón; y si

¹ **CARBONNIER**, “Théorie des obligations”, París, 1963 y “Droit Civil. Introduction à l’étude du droit”, 7ª ed., París, 1967, p. 208 y ss.



alguna vez, aunque sea en forma tácita, la equidad es considerada por la judicatura, esta actitud, que podríamos llamar pretoriana, no se exterioriza como corresponde, sino que por demás, es casi inexistente.

Esto que acabamos de explicar, ocurre a despecho de lo que contempla el Código Civil en Francia, remitiéndose expresamente a los usos y a la equidad, en su articulado 1135, sin embargo, y luego de haber ordenado que de buena fe deben ser ejecutadas las convenciones. Frente a los argumentos de pura equidad o de buena fe, los Magistrados franceses tienen desconfianza, y en realidad, frente a cualquier intención de entregarles un amplio espectro de calificar las situaciones; colocados así, en la necesidad de efectuar exégesis a como dé lugar, buscan ante este problema, una solución (justifican la decisión), en el tenor literal del contrato y en la voluntad interna de los partícipes en el mismo.

De esta manera, observando y apreciando la labor del Magistrado, cuando ésta se desarrolla en algunos de los sistemas jurídicos estudiados, encamina al juez alemán, cuando realiza la exégesis contractual, a determinar en el contrato sus efectos jurídicos, dicho en otras palabras, a efectuar una precisión en el alcance que tiene la declaración, por cierto conforme a los criterios que a él le empecen, dentro del sistema en que éste se desenvuelve, que no es más ni menos, que el sistema objetivo de exégesis, que a la sazón, y no es de poca ocurrencia, que den como resultado la fijación de derechos y obligaciones con los que nunca sospecharon tener los contratantes, y que incluso aborrecen en lo más profundo de su alma. Por el contrario y en un sistema muy diferente al del juez alemán, el juez francés se limita a reconocer, de acuerdo a la lógica del sistema subjetivo en que se desenvuelve, los efectos jurídicos creados por el contrato, los mismos que descansan en la voluntad de los cocontratantes, e incluso, en aquella que no exteriorizaron al contratar, que no es ni más ni menos, sus voluntades internas. Encontrándonos así, que en un escenario de exégesis subjetiva, no se acepta ni se contempla en consecuencia, que el Magistrado, e un contrato controvertido, le atribuya un alcance de conveniencia a la vista y



Universidad de Cuenca

Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica de los Contratos en Ecuador, Chile y Latinoamérica, en relación con Francia, Italia y Alemania y sus diversos Sistemas.

ojos de los que lo rodean, salvo que por propia intención de los cocontratantes, se haya ratificado esta postura del Magistrado.



SEGUNDO CAPÍTULO

DE LA EXÉGESIS Y HERMENÉUTICA EN EL SISTEMA CLÁSICO

EN RELACIÓN A LOS CONTRATOS

2.1 CONSIDERACIONES PREVIAS

BREVIARIO Y CONCEPTOS BÁSICOS, ANTES DE ABORDAR EL TEMA

La razón y la importancia en el Sistema Clásico, radica en la voluntad de las partes que en definitiva configura el contrato, e incluso, es la voluntad de las partes la que puede crear contratos, como ocurre, por ejemplo, con el contrato de leasing.

Lo que sucede es que, desde el punto de vista de la perspectiva voluntarista, en la formación del contrato intervienen dos ideas básicas, que constituyen los principios de la autonomía de la voluntad, que son a saber: El consensualismo y la libertad contractual.

La teoría de la autonomía de la voluntad, que propugna el consensualismo en materia contractual, no es partidaria de los contratos solemnes.

Por otro lado, una vez creada la relación jurídica, esto es, el contrato como estructura jurídica y económica, juegan en él dos principios fundamentales: La fuerza obligatoria del contrato y el efecto relativo del mismo, principios éstos, que también corresponden a la doctrina de la autonomía de la voluntad.

Hasta tal punto juega la voluntad en materia contractual, que en caso de duda sobre el alcance de un contrato, sobre las consecuencias que éste produce o dudas sobre la extensión de sus efectos, el juez va a tener que buscar cuál fue la intención que las partes tuvieron al momento de celebrar el contrato, porque al buscar esa intención, está tratando de buscar cuál era la voluntad de éstos al contratar, y aquí nos referimos al



artículo 1603 del Código Civil Ecuatoriano y artículo 1560 del Código Civil Chileno.

Si comparamos la norma del artículo 1603 del Código Civil Ecuatoriano, con la del artículo 1560 del Código Civil Chileno (norma esencial y básica en materia de interpretación de los contratos), con la del artículo 18 del Código Civil Ecuatoriano o artículo 19 del Código Civil Chileno (norma fundamental de la interpretación de la ley), veremos que son diametralmente opuestas.

La razón del artículo 1603 del Código Civil Ecuatoriano o la del artículo 1560 del Código Civil Chileno, es por la concepción de la teoría voluntarista. Esta norma y la del artículo 1545 del Código Civil Chileno o artículo 1588 del Código Civil Ecuatoriano, son las dos normas que demuestran que el Código Civil sigue esta teoría.

A pesar de que no es materia de esta tesis, abordaremos la definición que nuestros Códigos adoptan para el contrato, esto es, artículo 1438 del Código Civil Chileno y artículo 1481 del Código Civil Ecuatoriano, y otros alcances que puedan ser pertinentes, antes de entrar en la hermenéutica.

El artículo 1480 del Código Civil Ecuatoriano y artículo 1437 del Código Civil Chileno, parte señalando que las obligaciones nacen, entre otras fuentes: "... del concurso real de voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones...", por su parte, el artículo siguiente de los respectivos cuerpos legales, da una definición de contrato, la cual es criticada por la doctrina desde dos puntos de vista: Primero, se dice que el legislador incurre en un error en la terminología que emplea en el artículo 1481 del Código Civil Ecuatoriano y artículo 1438 del Código Civil Chileno, error que también está presente en sus artículos inmediatamente anterior y en otras disposiciones del Código Civil, en cuanto identifica o hace sinónimos los términos contrato y convención. La expresión convención, es mucho más amplia que la expresión contrato, existiendo entre ambas una relación de género a



especie, siendo la convención el género y el contrato la especie. La convención es “un acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones”; en cambio, el contrato es “un acuerdo de voluntades destinado a crear derechos personales y las obligaciones correlativas”.

La regla aquí, es que todo contrato es una convención, pero no toda convención es un contrato, pues está destinado a extinguir obligaciones; la tradición es una convención, pero no un contrato.

Pero esta identificación del contrato y la convención, no es sólo un error de nuestra legislación, sino que sucede también en el Código Civil Alemán y en el Código Civil Italiano, como lo veremos en el desarrollo y transcurso de esta tesis.

Segundo, la crítica más de fondo, es la que se refiere a la redacción misma del artículo 1438 del Código Civil Chileno o 1481 del Código Civil Ecuatoriano. La realidad de las cosas, es que el objeto del contrato son las obligaciones que él genera; pero, a su vez, estas obligaciones tienen por objeto una o más cosas que se tratan de dar, hacer o no hacer (artículo 1460 del Código Civil Chileno y 1503 del Código Civil Ecuatoriano).

De tal manera, que cuando el legislador nos dice en el artículo 1438 del Código Civil Chileno o 1481 del Código Civil Ecuatoriano, que en el contrato “una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”, se está saltando en realidad, una parte de la figura, porque alude a la prestación de dar, hacer o no hacer como objeto del contrato, no obstante que esa prestación no es objeto del contrato, sino que es de la obligación.

Ahora, señalaremos dos funciones principales que cumple el contrato, que son a saber, funciones económicas y funciones sociales. En lo que a la función económica del contrato se refiere, el contrato muchas veces, se presenta como un instrumento jurídico sumamente simple, que sirve para canalizar jurídicamente necesidades de carácter elemental de



los individuos, en especial las necesidades de intercambios entre ellos, y es así que numerosos contratos dicen relación con negocios menores, de trámite fácil y rápido, y en los que ni siquiera media la conciencia de las partes, de estar celebrando un contrato. Se presenta aquí el contrato en forma despersonalizada, apto para el flujo permanente y constante de bienes y servicios entre los individuos, especialmente de aquellos indispensables para la vida diaria de las personas, en tal forma que el acuerdo de voluntades pasa desapercibido en muchas ocasiones. Pero, con el desarrollo actual, incluso hay contratos que se celebran, ya no con la intervención de dos seres humanos, sino que de un ser humano y una máquina automática.

Pero en otras ocasiones, el contrato se nos presenta como un instrumento jurídico, que permite a las partes la satisfacción de necesidades bastante más complejas que las normales de la vida cotidiana. Así, son numerosos los contratos que se celebran en el campo de la computación, en materia de transferencia de la tecnología y en la actividad minera. En estos casos, generalmente el contrato se va a celebrar después de largos y difíciles tratos preliminares, que tienen por objeto armonizar y llegar a hacer coincidir los intereses divergentes de las partes, situación ésta que se presenta especialmente cuando hay en juego grandes sumas de dinero y también cuando la especie a que se refiere el contrato, es de naturaleza muy compleja.

Sea el contrato sumamente simple o complejo, éste cumple una función de carácter económico, porque el principal vínculo de las relaciones económicas entre las personas, es el contrato. La circulación de la riqueza, el intercambio de bienes y servicios, se efectúa primordialmente a través de la celebración de contratos, hasta el punto que el mundo de los negocios y buena parte de la actividad económica, no puede concebirse sin la noción o injerencia del contrato. Es hasta tal punto importante por su injerencia económica el contrato, que la vida de todas las personas está plena de contratos que se celebran permanentemente y, en muchas situaciones, sin siquiera percatarse de



ello. La importancia que el contrato tiene, subsiste cualquiera sea la naturaleza del régimen económico que esté vigente. Puede suceder que algunos principios que informan el contrato, sufran algunas alteraciones como consecuencia del régimen económico que esté vigente en un determinado momento, pero su esencia básica subsiste como fenómeno social y económico. Así en caso de un estado Keynesiano, se va a ver restringida la autonomía de la voluntad, en relación con un sistema que no contemple un Keynesianismo estatal.

Y ahora refiriéndonos a la función social, diremos que el contrato, no sólo cumple un rol de satisfacer necesidades individuales de las personas, sino que muchas veces es un medio para obtener la cooperación o colaboración entre los individuos.

En materia de trabajo, en el acceso a la vivienda, en la educación, en la recreación, transporte urbano, existe una cooperación entre diversas personas y en todas esas actividades está presente la relación contractual.

Esta función social del contrato, se hace patente principalmente a contar de este siglo, porque durante el siglo XIX, la aplicación irrestricta y sin contrapeso del principio de la autonomía de la voluntad, permitía que el contratante más fuerte, impusiera sus condiciones al contratante más débil, lo cual motivó la intervención del legislador, el que dictó normas para regular los principales efectos de los contratos que socialmente tenían más importancia.

Así apareció el contrato dirigido, que estaba destinado a cautelar los intereses de las personas que no tenían poder negociador.

Pero, no siempre esta cooperación entre individuos viene impuesta por la autoridad, sino que en muchas ocasiones, dicha cooperación resulta espontáneamente de los participantes en la relación contractual.



Desde otro punto de vista, la función social del contrato, también se cumple por la aplicación del principio de la buena fe, que impone a cada una de las partes, el deber de lealtad y de corrección frente a la otra, durante todo el proceso contractual, es decir, durante las conversaciones preliminares hasta el cumplimiento mismo de las obligaciones contractuales. Según esto, cada parte debe cumplir fielmente todo aquello a lo cual se obligó.

Pero, así como hay una función social y económica, partiendo de estas dos grandes funciones, se pueden encontrar subfunciones del contrato: La función de cambio o circulación de los bienes, se realiza a través de los contratos traslaticios de dominio, como son: la compraventa, la permuta, la donación y el aporte en sociedad.

En Ecuador y Chile, hay que tener presente que por la naturaleza compleja del procedimiento para adquirir el dominio, el solo contrato, aisladamente considerado, no cumple por sí mismo esta función de cambio, sino que es necesario que se agregue el modo de adquirir “tradición”, porque mientras ésta no opera, no hay transferencia de dominio.

Algunos estiman que esta función de cambio o de circulación de los bienes no se cumple solamente a través de los contratos traslaticios, sino que también se estaría cumpliendo a través de los contratos de mera tenencia por un tiempo prolongado, porque estos contratos operarían un cambio temporal, pero de larga duración, de las cosas a que se refieren. Es lo que sucedería con el contrato de arrendamiento a largo plazo y con el contrato de leasing.

La función de crédito, es una función de carácter generalmente oneroso, y la cual opera a través de los contratos de mutuo, de apertura de crédito y, en general, de todos los contratos bancarios; es decir, todo contrato que pone a disposición de otra persona ciertos bienes, principalmente dinero, con cargo de restituirlos en ciertas y determinadas condiciones. La regla general es que estos contratos sean onerosos;



excepcionalmente la función de crédito se cumple a través de un contrato gratuito, cual es el contrato de comodato.

En lo que respecta a la función de garantía, es frecuente que al contraer una obligación, se exija por la contraparte, que asegure el cumplimiento de esa obligación, constituyendo alguna caución y aquí aparece la función de garantía del contrato; porque mediante contratos accesorios – como la prenda, hipoteca y fianza– el deudor garantiza al acreedor, el cumplimiento de la obligación principal.

La función de custodia, es una función que se cumple a través de contratos, que tienen por objeto la guarda y conservación de bienes ajenos. Es lo que sucede con el típico contrato de depósito, y con ciertos contratos atípicos o innominados, bastante frecuentes, como el que se refiere al arrendamiento de cajas de seguridad, los contratos de garaje, el contrato de hotelería en relación al equipaje que se introduce al hotel, etc.

La función laboral, se cumple a través de las diversas variantes que presenta el contrato de trabajo. Pero, no solamente se logra esta función a través de este contrato, sino que también a través de otros, como el “contrato de arrendamiento de servicios” y “el mandato mercantil”.

La función de previsión, se cumple por medio de contratos destinados a precaver riesgos o a cubrir las consecuencias de esos riesgos, es lo que sucede con el “contrato de seguro”, que presenta una amplia y diversa gama.

En la función de recreación, son numerosos los contratos que intervienen en el cumplimiento de esta función, por ejemplo, el contrato de transporte para fines turísticos, el contrato de hotelería. Hay veces que se combinan varios de estos en uno solo, como sucede cuando se trata de un tour.

Por último, la función de cooperación, que se presenta principalmente en contratos *intuitu personae*, como por ejemplo, en el mandato, en que hay una cooperación entre mandante y mandatario;



también se nos presenta en las sociedades, especialmente en las colectivas, en que varias personas ponen algo en común con la mira de repartirse las utilidades que de ellos provengan.

2.2 REQUISITOS DEL CONTRATO

Para que haya contrato, basta un acuerdo de voluntades creador de obligaciones. Esto es lo único que exige nuestra legislación positiva (artículos 1437 y 1438). “De estos artículos, se constata que el legislador no exige más que el acuerdo de voluntades de dos o más partes destinado a crear obligaciones”.

Hay autores que sostienen que no basta este acuerdo de voluntades creador de obligaciones, “sino que los intereses de las partes tienen que ser contrapuestos”. Pero, se argumenta en contra, que ello no es así, pues en la sociedad, que es un contrato, los intereses de los socios no son contrapuestos. Puede que sean intereses distintos, pero no contrapuestos, sino que por el contrario, son coincidentes, porque todos los socios buscan la utilidad que el negocio va a producir.

Otros autores (franceses), le dan el carácter de contrato solamente a los actos jurídicos que crean obligaciones de efecto temporal o transitorio, como sucede con el contrato de compraventa y el de permuta. Estos autores le niegan el carácter de contrato, a aquellos actos jurídicos, que además de crear obligaciones, producen otros efectos, y crean situaciones jurídicas permanentes: El matrimonio, la adopción, la sociedad. Estos actos jurídicos, además de crear obligaciones, crean situaciones permanentes destinadas a perdurar en el tiempo. La expresión “contrato”, comprende tanto a las convenciones que crean obligaciones patrimoniales, como aquellas que crean obligaciones morales.

Ahora, analizaremos brevemente lo que ocurre en lo que se refiere a la obligatoriedad de los contratos.



2.3 LA OBLIGATORIEDAD DE LOS CONTRATOS

Uno de los problemas que se presenta en materia contractual, es precisamente determinar cuál es el fundamento de la obligatoriedad de los contratos. En realidad, este es un problema que corresponde a la filosofía del derecho y respecto del cual hay una gran disparidad de opiniones.

Así, hay algunos que encuentran este fundamento en una exigencia de la vida social y consideran que ésta es la razón de la obligatoriedad de los contratos, porque la contratación es un imperativo de la vida social, ya que a través del contrato, se realizan los diversos cambios de bienes que están destinados a satisfacer las distintas necesidades de los seres humanos; por ejemplo, el contrato de compraventa.

En realidad, esta explicación es bastante ambigua, porque en el fondo, es en esta forma que se explican todas las normas jurídicas y, además, porque no se determina en forma clara, porqué se produce la obligatoriedad del contrato.

Otros autores, como BENTHAM, recurren a la idea de interés o utilidad individual. Sostienen que lo que lleva a la persona a dar cumplimiento a lo que promete, es una razón de interés o utilidad individual, de suerte que quienes contratan, se sienten obligados por el contrato y dan cumplimiento, ya que si una persona no cumple las obligaciones emanadas del contrato que celebra, corre el riesgo de que nadie quiera contratar con ella, quedando así marginada o excluida de la actividad económica y jurídica. Posiblemente esta explicación pudiera ser valedera en comunidades sociales pequeñas, pero no tiene clara fundamentación en sociedades complejas como la actual.

PUFFENDORF, fundamenta la obligatoriedad en un pacto social tácito, en virtud del cual, cada individuo se ha comprometido con los demás a cumplir fielmente la palabra que ha empeñado.



Algunos autores recurren a la idea de la veracidad; dicen que los seres humanos están obligados a decir la verdad y a obrar en conformidad a ella, y este deber les alcanza cuando manifiestan su voluntad de obligarse.

Otros buscan este fundamento, en la limitación que la persona que contrata impone a su propia voluntad. Señalan que al celebrar un contrato, se van a originar derechos personales o créditos, y que cada uno de los que resulte obligado, está, por este hecho, renunciando o limitando su propia libertad y, en la parte que renuncia o limita su libertad, queda sometido al otro contratante. Esta renuncia no es amplia ni absoluta, sino que dice relación solamente con los determinados actos que celebre la persona. Esta renuncia se hace exclusivamente a favor del otro contratante, de tal suerte que solamente él, va a poder penetrar y accionar en la esfera no libre del deudor.

Por último, hay quienes señalan que el fundamento de la obligatoriedad de los contratos, hay que buscarlo en una idea totalmente distinta de las anteriores, idea que es la de la unidad de la voluntad contractual. Señalan que las voluntades aisladas o individuales de las personas, no generan esta obligatoriedad que produce el contrato, pero en el momento en que estas voluntades individuales se declaran y son coincidentes, pierden cada una de ellas su autonomía y se funden en una sola nueva voluntad, que es de carácter unitario y denominada “voluntad contractual”, que es la que va a regir las relaciones que se originan entre las partes contratantes, sin que éstas puedan entrar a sustraerse de esa voluntad contractual, porque ésta es totalmente independiente de las voluntades individuales de las personas consideradas en forma aislada. Siendo así, necesariamente dentro de este breviarío, tendremos que hacer un pequeñísimo análisis del consentimiento a continuación.



2.4 EL CONSENTIMIENTO

El contrato y la idea misma de contrato, descansa sobre una base fundamental: el consentimiento de las partes. Por consentimiento se entiende “el acuerdo de voluntades de dos o más partes sobre el objeto jurídico”.

Todo contrato, sin excepción alguna, cualquiera que sea su naturaleza o calificación, cualquiera que sea la obligación u obligaciones que genere, sea que obligue a una o ambas partes, supone siempre el consentimiento de éstas, porque el contrato nace del acuerdo de voluntades. Si no hay acuerdo de voluntades, esto es, si no hay consentimiento, no hay contrato. En doctrina, la falta de consentimiento, produce la inexistencia del contrato. Pero, el hecho de que el contrato nazca o se origine en el acuerdo de voluntades, tiene ciertas consecuencias.

La primera de ellas, son los derechos y obligaciones que nacen del contrato que sólo afecta a quienes han concurrido con su voluntad a la celebración. En otras palabras, sólo las partes contratantes se ven beneficiadas por los derechos que surgen del contrato o afectadas por las obligaciones que emanan de él (es lo que dice el artículo 1588 del Código Civil Ecuatoriano). De tal modo que, todos aquellos que no han consentido en la celebración del contrato, son terceros ajenos a él y, por consiguiente, no pueden invocar los derechos que nacen del contrato, como tampoco les afectan las obligaciones que él impone.

Esta es la regla general, pero no tiene carácter absoluto, porque hay ciertos casos en que la ley, por consideraciones de interés público o general, admite que ciertos contratos puedan afectar a personas que no han concurrido con su voluntad a su celebración. Esta situación excepcional se presenta en los llamados “contratos colectivos”, definidos como aquellos que afectan y obligan a todos los miembros de un grupo o colectividad determinada, aunque no hayan consentido en el contrato, por el hecho de formar parte de dicho grupo o colectividad.



El ejemplo más clásico de contrato colectivo, es precisamente el denominado “contrato colectivo de trabajo”, que afecta a todos los trabajadores involucrados en la negociación, aún cuando ellos no concurren con su voluntad a su celebración. Esto es así, porque si el legislador exigiere en forma rigurosa la aplicación del principio, de que el contrato obliga sólo a quienes han consentido, serían muy numerosos los casos en que no habría contrato, porque siempre va a haber alguien que se oponga a su celebración y, lo que le interesa al legislador, es que el interés de la mayoría, prime por sobre el de la minoría.

Esta no es la única excepción que se plantea al principio del artículo 1588 del Código Civil Ecuatoriano, ya que tenemos lo mismo en el convenio judicial de acreedores, en que prima la voluntad de la mayoría por sobre la de la minoría, y en los acuerdos que adoptan los tenedores de debentures.

Pero la regla general, sigue siendo que el contrato sólo obliga a quienes concurrieron a su celebración.

En cuanto a la segunda consecuencia, diremos que algunos autores, acostumbran distinguir entre contratos de derecho patrimonial y contratos de derecho de familia. Hay también determinados autores, que en materia de derecho de familia, distinguen a su vez numerosos actos que se denominan contratos, pero que no corresponden a tales. Pero, en general se señala, que en los contratos de derecho patrimonial, el elemento fundamental, la ley del contrato, es la voluntad de las partes.

Impera en esta materia el principio de la autonomía de la voluntad, de tal suerte que las personas tienen plena libertad para celebrar los contratos que deseen y, muy especialmente, para convenir y determinar su contenido, sus efectos y su extinción.



La voluntad es entonces, la ley superior en todos los contratos creadores de derechos y obligaciones de carácter patrimonial. Ello es así, porque estos contratos dicen relación con bienes.

En materia de derecho de familia, la situación no es la misma, porque aquí, quien señala los efectos del contrato, es la ley y las partes no pueden modificar estos efectos, ni tampoco atribuirle efectos distintos. La duración del contrato está también determinada por la ley y las partes tampoco pueden fijarle una duración distinta, como asimismo, tampoco pueden someterlos a modalidades en la mayor parte de los casos: no puede haber condición ni plazo en el matrimonio, ni en la adopción, que también presenta caracteres contractuales. En realidad, en estos contratos, el único aspecto contractual que encontramos en ellos, es que nacen del concurso de voluntades de las partes. Pero, una vez que hay acuerdo de voluntades (consentimiento), termina la voluntad de las partes y ellas tienen que someterse a los efectos que señala la ley para su respectivo contrato.

El principio de la autonomía de la voluntad rige con plena amplitud en las relaciones patrimoniales relativas a los derechos o créditos; porque, tratándose de derechos reales, el juego de la voluntad de las partes no es tan absoluto. Así, el derecho de dominio, recaiga sobre bienes muebles o inmuebles, está organizado por la ley, siendo ella la que nos dice como se adquiere el dominio, cuáles son los efectos de la adquisición y cuáles son los derechos que él confiere. En pocas palabras, todo lo concerniente a la organización de la propiedad, está regulado por la ley, y en esto no tiene injerencia la voluntad de las partes, porque éstas son normas de orden público. En cambio, en los derechos personales, la voluntad de las partes, prácticamente no tiene limitación alguna y puede desarrollarse en forma ilimitada y sin restricciones.



2.5 EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Este principio es de suma importancia en materia contractual, ya que todo el sistema contractual se estructura en Ecuador, en base a este principio. Todas las normas que rigen el contrato (normas sobre aplicación, interpretación, efectos. etc.), se inspira y fundan en este principio, según el cual, la voluntad de las partes es la suprema ley en materia contractual, siendo esta voluntad la que establece las reglas por las cuales se van a regir las relaciones que crea entre los individuos el vínculo contractual. Pero, aún más, es la voluntad la que establece cuáles son esos vínculos y los efectos que ellos producen. El contrato mismo necesita para generarse del acuerdo de voluntades, de dos o más partes, y es este acuerdo el que determina libremente el alcance, extensión, efectos y duración del contrato. La voluntad está limitada por la ley sólo en casos excepcionales y con el fin de proteger los intereses de los incapaces o de cautelar el orden público o la moral. Esta facultad de las partes, que les permite determinar a su entera voluntad y sin mayores restricciones el alcance y efecto de los contratos, constituye la autonomía de la voluntad, definida como la “libre facultad de los particulares para celebrar el contrato que les plazca y determinar su contenido, efectos y duración”

Es en virtud de este principio, que los particulares pueden celebrar el contrato que más convenga a sus intereses, no importando la circunstancia de si está o no reglamentado por la ley. Incluso, las partes pueden atribuirle a sus contratos, efectos distintos de los señalados por la ley y, aún más, en virtud de este principio, pueden darle el carácter de solemne a un contrato que naturalmente es consensual, facultad que está expresamente establecida por el legislador en los artículos 1768 (compraventa) y 1889 (arrendamiento), ambos preceptos del Código Civil Ecuatoriano.



En aplicación de este principio, podemos decir también que, las partes pueden modificar las normas legales relativas a un contrato determinado, pudiendo, por ejemplo, suprimir elementos de ese contrato o alterar su contenido, efectos, duración o los derechos y obligaciones que él genera.

Es en virtud del imperio de este principio, que las leyes en materia contractual son supletorias de la voluntad de las partes y entran a aplicarse única y exclusivamente, cuando éstas no han reglamentado determinadas materias: La ley en materia contractual se aplica sólo en silencio de las partes.

En este mismo principio está inspirada la regla fundamental en materia de interpretación de los contratos, porque siendo la voluntad de las partes la que genera el contrato, estableciendo sus efectos, contenido, etc., la misión que va a pesar sobre el juez, en caso de un problema con un contrato determinado, va a ser la de establecer cuál era la voluntad de las partes al contratar. Por consiguiente, no puede el juez entrar a crear o a sustituir esa voluntad de las partes. Por lo demás, así lo dispone el artículo 1603 del Código Civil Ecuatoriano.

Pero, si bien este principio es sumamente amplio, ello no significa que no tenga algunas restricciones o limitaciones, es decir, no es una libertad irrestricta. Entre las limitaciones establecidas por el legislador podemos mencionar por una parte que, los contratantes no pueden alterar o modificar los elementos de la esencia, porque en tal caso, el contrato no produce efecto alguno o degenera en otro contrato distinto (esto es lo que nos dice el artículo 1487 del Código Civil Ecuatoriano). En este caso, la voluntad no tiene el poder suficiente para pasar por sobre los elementos esenciales exigidos por la ley. También podemos decir, que la voluntad no tiene poder suficiente para crear un contrato que según la ley no puede existir. Y por último, debemos añadir, que hay limitaciones establecidas por el legislador y que se fundan en el orden público o en la defensa de las buenas costumbres o de la moral. Las partes no podrían celebrar un contrato que atente contra el orden público y, en general, pasando por



sobre prohibiciones establecidas por la ley. Si las partes celebran un contrato que la ley prohíbe, ese contrato adolece de objeto ilícito, conforme al artículo 1509 del Código Civil Ecuatoriano y, siendo así, tiene por sanción la nulidad absoluta conforme al artículo 1725 del Código Civil Ecuatoriano.

Esta idea o principio de la autonomía de la voluntad, no es otra cosa que el reflejo en materia contractual de los principios que inspiraron a la revolución francesa. Se dice que si los derechos son meras facultades que la ley reconoce a los individuos para la satisfacción de sus necesidades, es lógico que éstos tengan plena autonomía para desarrollar los actos que estiman más convenientes a sus intereses, pero siempre dentro de ciertas limitaciones.

Según esto, la voluntad de las partes sólo puede ser limitada por el legislador en casos extremos, de tal suerte que la intervención tiene que reducirse al mínimo, porque en esta teoría se parte de la base que el contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas que se encuentran en un mismo plano de igualdad.

Hay autores que han extremado esta teoría de la autonomía de la voluntad llegando a sostener, que muchas disposiciones legales no son otra cosa que la interpretación que hace el legislador de la presunta voluntad de los individuos, así por ejemplo, algunos dicen que la sociedad conyugal como régimen matrimonial, nace a falta de otra estipulación, porque esa ha sido en el fondo la voluntad de los contribuyentes. También dicen que al establecerse en materia de sucesión intestada los órdenes sucesorios, el legislador no hace otra cosa que interpretar y exponer cuál habría sido la voluntad del causante.

En realidad, esto que parece una verdadera exageración del principio y la aplicación irrestricta del mismo, ha creado problemas hasta tal punto, que algunos le han negado a la voluntad, toda fuerza creadora de obligaciones.



Se señala, entre otras críticas, que este principio parte del supuesto de que quienes contratan, se encuentran en un mismo plano de igualdad, lo cual puede ser efectivo desde un punto de vista jurídico, pero puede haber desigualdad en otros aspectos que provoquen como consecuencia, que una de las partes imponga sus condiciones a la otra, con lo cual se estaría desvirtuando uno de los fundamentos de este principio, y es justamente por esta razón, que se ha producido la intervención del legislador en materias contractuales, estableciendo limitaciones a la voluntad de los contratantes y, así, han surgido figuras como el contrato dirigido y el contrato forzoso, entre otros.

Pero, no obstante las críticas y defectos que pueda presentar, este principio sigue inspirando toda la estructura contractual.

Con esto, damos término al breviarío y conceptos básicos, para por fin entrar en la materia que nos importa, que es la hermenéutica que le es propia al sistema clásico.

2.6 ACÁPITE GENERAL

En la exégesis y hermenéutica de los contratos, lo más notable en el sistema subjetivo o clásico, será siempre salir al encuentro de la voluntad psicológica de las partes contratantes.

Ad efectum videndi, debemos decir que en el sistema subjetivo de interpretación y su estudio descriptivo, comprende un análisis del escenario o condiciones ineludibles para que la interpretación pueda ser bien desarrollada.



2.7 EL PILAR FUNDAMENTAL DE LA HERMENÉUTICA

Es causa eficiente de la totalidad del derecho, no tan solo en la doctrina clásica, sino también objetiva, la voluntad, ya que en esta última, alude a una voluntad nacional como base fundamental, cuando menos tangencialmente, la coercibilidad del ordenamiento jurídico que se impone a los ciudadanos. Cuando se exige el cumplimiento de una prestación en la doctrina clásica, se lo hace amparado y recurriendo a una voluntad supuesta de carácter soberano que poseen las partes.

Por lo tanto, nada tiene de raro que la teoría clásica contemple en la interpretación de los contratos, que el intérprete debe precisar el sentido de los contratos, haciendo eco de las intenciones de quienes lo concluyen. El artículo 1156 del Código Civil Francés, adhiere a estas ideas, consagrando en el mismo artículo, el sistema clásico de interpretación. El artículo señalado dispone: “En las convenciones se debe buscar cuál ha sido la intención común de los contratantes, antes que atenerse al sentido literal de las palabras¹. Dando lugar así a preceptos que reglan la interpretación de los contratos y que posteriormente se analizarán.

Haremos un alto en el artículo 1156, por ser insigne en el sistema subjetivo (de la doctrina clásica), que lo consagra en la interpretación de los contratos.

2.8 SUSTENTO DE LA ESCUELA CLÁSICA O TRADICIONAL

Siendo éste pilar fundamental del sistema subjetivo en la interpretación, nos surge una duda: ¿Hasta dónde influencia al derecho en este sistema? ¿Qué hay de cierto en que conmina a los jueces a escudriñar el alma de los contratantes para develar sus intenciones? ¿No se extralimitará en su alcance? ¿No será que se quiso otorgar otros elementos objetivos extra formales al contrato, a propósito del mismo? Por supuesto es menester dar respuesta a estas interrogantes.

¹ “On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commun intention des parties contractantes, plutôt que de s’arrêter au sens littéral des termes”.



Diremos pues, que su sentido es fidedigno y no da lugar a interpretaciones. De todas formas, las intenciones son fuerzas más o menos precisas que transitan en el fuero interno de los sujetos de derecho. Estamos hablando de la conciencia de los hombres y de sus distintos estratos psicológicos.

Equívoco sería pensar, que el señalado artículo conmina al juez a buscar elementos cognoscibles en la realidad externa y lo suficientemente objetivos para no adentrarse en la interioridad del individuo o su alma. Simple y llanamente, se conmina al juez a un escudriñamiento de carácter psicológico, es decir, no se pierde nunca de vista el principio de la autonomía de la voluntad, que dejó obnubilado al legislador en la génesis del siglo XIX, y es por ello, que se entiende su actitud, por cierto jurídica. La voluntad psicológica es el alimento del intérprete, quien dejará todo por llegar a él.

En cambio CARBONNIER sostiene, que “el juez debe indagar por todos los medios aún extrínsecos del acto, cual ha sido el verdadero pensamiento íntimo que unió a los contratantes”¹.

Otro autor nos dice: “...el juez primeramente deberá abocarse a penetrar en el alma de los contratantes, para saber si ellos desearon realmente llegar a tal o cual conclusión; él debe, pues, entregarse a un verdadero trabajo de orden psicológico”².

Difícil es la tarea a realizar por los jueces, y al mismo tiempo hay que reconocer, que nunca el legislador podrá entregar tanto principios como medios, a los que el juez podrá echar mano en la ardua tarea de descifrar “la común intención de las partes contratantes”. Cualquier esfuerzo que el legislador efectúe por facilitar la labor del Magistrado será parcial, y no obtendrá los resultados perseguidos por éste, ya que engorrosas son las limitaciones que concierne al método subjetivo de

¹ *Théorie des obligations*, 1963, p.251.

² **Cristián TALAMON**, *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats*. Tesis, 1926, p. 24.



interpretación, esto es, poder lograr determinar, después de celebrado el contrato, cuál fue la voluntad real de las partes en la convención.

No es mi intención poner en tela de juicio las reglas de interpretación, pero sí creo que son insuficientes, como también creo que, si algo se logra con ellas, será única y exclusivamente gracias a la sapiencia, experiencia, inteligencia y destreza del intérprete.

Ahora bien, si no logra obtener buenos resultados, en la empresa de interpretación, ¿qué podría hacer?

Da pereza señalar, por ser ya consabido, que aunque el juez o el intérprete ad-hoc no obtenga resultado en su empresa de interpretar el contrato de la litis, deberá de todas formas dar solución al mismo y no abstenerse de juzgar. Esto queda claramente establecido en el artículo IV del Código de Napoleón, que no deja ninguna duda a este respecto.

La voluntad común de las partes, deberá develarse mediante un proceso bastante original, que consiste en preguntarse: ¿Cómo se habrían pronunciado las partes, si ellas hubiesen considerado el punto dudoso? En esta hipótesis, en una suerte de voluntad virtual, el juez deberá tratar de buscar la voluntad común de las partes. Estos razonamientos en calidad de condicionales, son muy peligrosos, sobre todo si se trata de develar la intención del ser humano.

2.9 POSIBLES AQUIESCENCIAS EN LA ESCUELA TRADICIONAL

No hay duda que esta finalidad tiene una dificultad por antonomasia, y no me quedo corto, pues el alma humana es de una complejidad infinita y no contento con ello, diremos que la dignidad humana es casi impenetrable, impidiendo así, muy a menudo, el conocimiento de sus desideratas. Por ello, se pide, más no se exige, al intérprete, que se dé por satisfecho al develar una voluntad probable, o sea, que el juez, examinando todas las circunstancias de la especie y no logrando una verdad, no debe afanarse en verificar, sino más bien en inducir una voluntad común de las partes. Nos encontramos aquí,



solamente frente a presunciones de esta tan perseguida voluntad común, tomando así las posibilidades en lugar de las convicciones.

“La hermenéutica, generalmente así considerada por las razones antes señaladas, puede ser más o menos certera en aproximación, no pudiendo el juez señalar si tal o cual intención existió. Se contentará por tanto, con un probablemente, y como ya se ha dicho, literalmente deberá adentrarse en los corazones de las partes involucradas en un contrato, para así poder determinar el alcance de éste”¹.

Muy parecida a nuestras legislaciones y que por ser tan consabida y mencionada con antelación en esta tesis, no la volveré a invocar, sólo diré que el artículo 1156 del Código Civil Francés, expresa que el intérprete no debe “detenerse en el sentido literal de los términos”. Por tanto, sólo le toca indagar cuál ha sido la común intención de los contratantes. Dicho de otra manera, se consagra la preeminencia de la voluntad real sobre la voluntad declarada. Deberá el juez considerar las circunstancias de la especie y todos los hechos que le ayuden a determinar la voluntad común en el contrato. Todo este cúmulo de hechos probados, le otorgarán al tribunal las bases para inducir la voluntad virtual o común real de las partes, y podrá así solucionar la contienda.

Muy agotador resultaría para el lector, que diera una seguidilla también fatigosa de ejemplos; me remitiré a invocar el artículo 1607, inciso segundo del Código Civil Ecuatoriano o artículo 1564, inciso segundo del Código Civil Chileno, inexistente en el ordenamiento jurídico francés, según el cual: “las cláusulas de un contrato podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia”. En otras palabras, el juez puede colegir el sentido de un contrato por el de otro, ya sea anterior o posterior de aquel a interpretar.

¹ **Jules GAUGUIER**, *De l'interprétation des actes juridiques*, Tesis, París, 1898, p.6. Esta obra es considerada la expresión más perfecta de la teoría clásica sobre interpretación de los contratos.



En lo que a la naturaleza de las circunstancias de la especie se refiere, por mucho que se involucre en el sistema clásico, se diferencian según tengan inclinación objetiva o una tendencia subjetiva.

Si estas circunstancias no fueran ni categóricas ni precisas, sino meramente subjetivas, igualmente han de tomarse en cuenta por el juez, y posiblemente, si sus necesidades así lo determinan, hacer uso de ellas para decidir el conflicto. Debido a su subjetividad, la doctrina clásica le impone al intérprete o más bien dicho, le ordena: “Buscad la intención de las partes; buscadla por todos los medios posibles; no os limitéis a escudriñar la declaración de voluntad propiamente dicha, sino que tener en cuenta el carácter de los autores del acto, sus costumbres, sus sentimientos, sus pensamientos, su pasado; penetrad un instante en su vida, para tratar de leer hasta el fondo de su alma, pues es allí solamente donde se encuentra escrita la verdadera solución del problema”¹. Tarea de suyo difícil.

2.10 RAZONES PARA TENER EN CUENTA LA VOLUNTAD REAL, EN LO QUE A SU PRUEBA SE REFIERE.

Teniendo en cuenta los graves problemas de la doctrina clásica o tradicionalista, y su inmensa aplicación en nuestras legislaciones, quién podría atreverse a contratar, con el riesgo de que el juez que sustancia la causa, le pueda dar preeminencia al fuero interno del cocontratante, esto es, lo que hay en su alma, en su corazón y espíritu. Pero la doctrina clásica, estando cierta de las objeciones que naturalmente se suscitan en torno a sus teorías, propone una solución que no lleve irremediabilmente al desinterés de los particulares que quieran contratar.

Abiertamente expresan, que los efectos de los contratos, son determinados por la voluntad real; que es el punto de inspiración de los jueces para realizar dicha tarea y no la voluntad declarada. Pero esto se desarrolla sólo en un comienzo, ya que existe una condición *sine qua non*,

¹ **Georges DEREUX**, *De l'interprétation des actes juridiques privés*. Tesis, París, 1905, p.310.



o imprescindible, y ésta es, que siempre la voluntad real deberá ser probada. En el proceso se verá principalmente en la audiencia de prueba o instancia probatoria, de no ser así, el juez se valdrá de lo literal de las palabras o mejor dicho, al texto de la convención. Como la voluntad real es difícil de probar, en la práctica y generalidad de los casos, el juez dictará sentencia en lo que *erga omnes* pueden percibir por sobre las apariencias, o sea la declaración. A mi entender, esta premisa dentro de un silogismo, es errada, y sin embargo con esto, dan por superadas las falencias de sus métodos de interpretación que proponen al foro y a los legos.

Estoy consciente de la inexistencia absoluta de sinecura por la que protestan los legos, porque no le es lícito a los jueces ni siquiera pensar, a pesar de las falencias del sistema en cuestión, en dejar de dictar sentencia.

2.11 ¿CUÁNDO SE PUEDE HACER HERMENÉUTICA EN UN DETERMINADO CONTRATO?

Aunque las partes puedan probar en juicio su voluntad real, me asalta una interrogante: ¿Puede el juez sobrepasar la declaración estampada en un contrato, si ella es clara y precisa? ¿O es que el requisito necesario para dar lugar a la hermenéutica es la obscuridad del contrato? Ésta y otras interrogantes las dilucidaremos en el transcurso de esta tesis.

2.12 IMPORTANCIA DEL ELEMENTO UT SUPRA

No es exageración reparar en esta materia. Obvio es mencionarlo en su marco teórico, pues condiciona la rigidez misma del sistema clásico de interpretación de los contratos. Su interés práctico no es menor, ya que “absolutamente toda la jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa sobre el control de la interpretación de los contratos hecha por los jueces de fondo, desde 1870 hasta nuestros días, ha tomado en



consideración, de una manera o de otra, la distinción en los contratos entre cláusulas claras y cláusulas obscuras”¹.

Increíblemente la solución que se encuentra en la base del sistema subjetivo de hermenéutica, depende a su vez de una interpretación. Es así como se trata de fijar y plasmar el verdadero sentido del artículo 1156 del Código de Napoleón². En cuanto a este articulado, ¿debería aplicarse siempre por el hermeneuta o sólo cuando lo literal de las palabras del contrato sean obscuras o ambiguas?

Sería de gran utilidad hacer una breve reseña de la discusión³.

2.13 ANTECEDENTE DE LA CUESTIÓN A RESOLVER

La génesis del articulado francés, me refiero al artículo 1156, es de larga data y se remonta a un escrito de Papiniano, que reza: *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit...* (Digesto, libro 50, título 16, 219).

También encontramos otro texto en el Derecho Romano adjudicado a Paulo, que reza: *Ille, aut ille haeres Sejo centum dato: potest Sejus, ab utro velit, petere. Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* (Digesto, libro 32, 25).

Al observar estas dos disposiciones, que a saber por los tiempos en que fueron escritas y por ser un extracto ambas, diremos más bien, que son leyes donde queda claramente establecido, dos de los grandes referentes de los diferentes sistemas de interpretación de los contratos que inspira esta tesis, y que evidentemente ante esta disyuntiva, ha dado pie a los juristas, mirando uno u otro de estos textos, para defender y sustentar opiniones disímiles.

¹ Jean BENOIT, revue trimestrielle de droit civil, 2002, p. 259 y ss.

² “En las convenciones se debe buscar cuál ha sido la intención común de los contratantes, antes que atenerse al sentido literal de las palabras”.

³ Para un análisis exhaustivo de la historia de la distinción entre cláusulas clara y cláusulas obscuras en la interpretación contractual, V. Edouard DE CALLATAY, *Etudes sur l'interprétation des conventions*. París-Bruselas, 1947.



Por ejemplo, “CUJAS, al estudiar la ley *ille aut ille*, al comentar el Digesto, hace una división de las palabras en claras y ambiguas. Dice que al encontrarse ante palabras claras, conviene atenerse a ellas y no preocuparse de buscar la intención ni la equidad... y ante palabras ambiguas, considera que es necesario atenerse a la intención más que a las palabras”¹. Según su postura, que en definitiva desprecia la ley formulada por Papiniano, si un texto de la convención es claro, no cabe interpretación, y el juez debe simplemente aplicar la declaración.

Pero es pertinente poner mucha atención en las observaciones que hacen DOMAT y POTHIER, pues ellos fueron los que inspiraron los textos del Código Civil en esta materia.

De entre las reglas para la interpretación de los contratos que formulara DOMAT, debemos observar con mucha atención la primera y la cuarta.

“En lo que respecta a la primera regla, hace hincapié en el mutuo consentimiento de los contratantes, que es donde deben formarse las convenciones y cada uno de ellos debe ser veraz en las explicaciones sobre lo que promete, como también de sus pretensiones. Sólo así la común intención dejará ver lo que tiene de obscuro o de dudoso”.

“En lo que a la cuarta regla se refiere, si el tenor literal de la convención es evidentemente contraria a la intención de las partes, es preciso fijarnos en la intención de las mismas, antes que a lo literal del contrato”².

Debo aclarar, que a la cuarta regla sólo se aplicará los términos oscuros. No obstante, se puede argumentar que DOMAT se ha referido en esta regla, tanto a los términos claros como a los oscuros. El título que a esta regla dio DOMAT: “La intención preferida a la expresión”, sin

¹ DE CALLATAY, Op. cit., N° 12, p. 20

² DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Nueva edición, 1777. T. 1, parte 1, libro 1, título 1, Sección 2.



agregarle al término expresión, la voz obscura. Seguidamente el sentido auténtico de la voz “parecer”, en lengua francesa, en la que lejos de traducir una duda, hace más bien, indicación a una certitud. Finalmente, es inaudito sospechar que DOMAT sólo pretendiera en su regla cuarta, repetir la primera regla. Siempre sostuvo que la interpretación debía prevalecer sobre lo literal del contrato, por claros que sean, y le agregó una condición: Si el juez quiere alejarse de los términos claros, es necesario que avizore una intención evidente, antónima a lo literal de la declaración. Por lo tanto DOMAT, lo que quiso fue evitar, y en el peor de los casos, restringir una posible arbitrariedad, en el escenario que el juez pudiese hacer abstracción de las declaraciones en el contrato.

Refiriéndonos a POTHIER, diremos que él formuló nada menos que doce reglas de interpretación, y la primera establece: “En las convenciones se debe indagar cuál ha sido la común intención de los contratantes, sin atenerse al sentido gramatical de los términos”. Al analizar esta regla, formula el siguiente ejemplo: “Usted tenía en calidad de arrendatario, un pequeño departamento en una casa de la cual yo ocupaba el resto. Le he hecho un nuevo arrendamiento en estos términos: doy en arriendo a fulano de tal, mi casa por tantos años, manteniéndose el mismo precio del precedente arrendamiento. ¿Tendría usted fundamento para pretender que yo le he arrendado toda mi casa? La respuesta es obviamente que no, pues aunque la expresión “mi casa”, en su sentido gramatical signifique la casa entera, y no un simple departamento, empero, es visible que nuestra intención, no ha sido sino renovar el arriendo del departamento que usted ocupaba; y esta intención, de la cual no se puede dudar, debe prevalecer sobre los términos del arrendamiento”¹. POTHIER se alejó, pues, en su primera regla, del texto de la cuarta de DOMAT, pero no de su espíritu. Este ejemplo que transcribo, es de vital importancia y la mejor demostración que POTHIER, nunca tuvo en su mente establecer, en esta materia, un principio disímil al de DOMAT. Como se puede observar, ambos están contestes en que

¹ **POTHIER**, *Traité des obligations*, nueva edición, 1805, T. 1, artículo 8.



prima la intención sobre lo escriturado, aunque los términos de la escrituración sean claros y precisos. Por lo tanto, la obscuridad de los términos escriturados del contrato, no constituye a saber de estos autores, una condición sine qua non, para efectuar la hermenéutica. A la sazón, el ordenamiento jurídico francés, expresado en este caso en su Código Civil, consagró la Tesis de DOMAT y de POTHIER, más aún, el tenor literal de la disposición 1156, hizo suya prácticamente palabra por palabra la regla de POTHIER. La fidedigna historia, dice que el establecimiento de esta disposición, no da pábulo para creer en lo más mínimo, que los redactores del Código en cuestión, desconocían la gran discusión del que este punto era objeto. Tanto es así, que los tribunales de apelación, cuando fueron requeridos para hacer sus observaciones al proyecto, algunos de sus integrantes, intentaron en esta materia, imponer la tesis contraria, esto es, aquélla de la ley *ille aut ille* de Paulo, sustentada posteriormente por muchos juristas y especialmente, como ya lo dijimos, por CUJAS.

Un mayor estudio nos dice que el Tribunal de Grenoble, señaló y estampó: “Sería conveniente agregar a este artículo 1156 lo siguiente; “Sin embargo, cuando el sentido de una frase es claro, no se debe interpretar”. Pero aún más categórico fue el Tribunal de Lyon al decir: “Al interpretar, se debe seguir el sentido gramatical de los términos; sin esto, se autorizaría al juez para imponer a los contratantes, por interpretación, otra obligación de aquélla en la cual ellos consintieron. No se puede interpretar sino en los casos en que el sentido gramatical presenta algo de obscuro o de dudoso...”¹.

Ya publicado el Código, y pronunciado el legislador en el sentido señalado, la mayoría de la jurisprudencia y de los autores, siguieron a pesar de todo, la doctrina que el cuerpo legal en cuestión, recién había descartado. Por una apreciación errática, pensaron que el artículo 1156, se vinculaba, no como realmente era, a la ley “*in conventionibus*”, sino que más bien, lo hacía a la ley “*ille aut ille*”.

¹ Referencias tomadas de DE CALLATAY, Op. Cit., N° 26, pp. 61 y 62.



2.14 LA INFLUENCIA DE LOS TRIBUNALES EN LA OBSCURIDAD DEL CONTRATO, PARA LA HERMENÉUTICA

La actitud de los tribunales a través de sus reiterados fallos, frecuentemente han impuesto la obscuridad de las convenciones como necesaria condición para que la hermenéutica tenga lugar¹.

En una jurisprudencia de los Tribunales de Alzada franceses, establece que “cuando las convenciones y las cláusulas que la configuran son claras y precisas, no es permitido a los jueces dispensar a una de las partes contratantes de ejecutar la convención suponiendo en ella una intención contraria al sentido literal de las cláusulas del contrato”.

Otro ejemplo es el de la Corte de Pau, que estatuyó que la doctrina y la jurisprudencia constantes, no permiten interpretar un acto, sino cuando sus cláusulas son oscuras o ambiguas. En este mismo sentido, los profesores y hermanos MAZEAUD (Enrique y León), al comentar dos fallos de la Corte de Casación del 10 y 11 de Mayo de 1948, sostienen y afirman, que la jurisprudencia ha sido el inicio y génesis de que las reglas de interpretación no puedan tener calidad, sino sólo cuando hay lugar a la hermenéutica. Esto es, cuando hay obscuridad o contradicción en las cláusulas de la convención.

Igual suerte que la doctrina corre la jurisprudencia, en el sentido de que no son uniformes.

Existe un fallo de casación de las Cortes Francesas, relativo a un contrato que contenía la siguiente cláusula: “A la derecha y a la izquierda del muro que se levantará entre la propiedad del señor X, y el terreno del señor Y, no se podrá levantar ningún edificio ni construcción, cualquiera sea su altura o su destinación”. No obstante lo fácil que resulta entender esta cláusula, fue interpretada en muy diverso sentido del que se extrae del texto, ya que los propietarios conservaban el derecho de construir

¹ En materia de interpretación de tratados internacionales, la Corte Internacional de Justicia de La Haya ha adoptado un punto de vista similar. Cfr. **BETTI**, *Cours de droit civil comparé des obligations*, Milán, 1958, p. 85.



casas y cercarlas por medio de murallas levantadas aún en la zona prohibida, con tal que tuvieran una altura inferior a aquella del muro divisorio.

Sin embargo, se les ha reconocido a los jueces del fondo, el interpretar los contratos claros y de sobrepasar su texto, con la salvedad que se argumente suficientemente su decisión, para así permitirle a la Corte, conocer los hechos que condujeron al juez a distanciarse del tenor literal del contrato. Dicho de otra forma, a la Corte de Alzada, se le reconocería poder casar las decisiones que le dieron al contrato claro, una interpretación diferente a su sentido literal, siempre y cuando, no hubiesen justificado tal conducta y fallo con una motivación apropiada. A contrario sensu, el Tribunal Supremo, acogería las interpretaciones no literales que fuesen claras y precisas, que fueron hechas en fallos motivados en lo suficiente.

2.15 ¿QUE TIENE QUE DECIR LA DOCTRINA CON RESPECTO A LA OBSCURIDAD EN LA HERMENÉUTICA CONTRACTUAL?

La imposibilidad en la exégesis de los contratos claros, recayó por una convicción muy arraigada en los doctrinarios y civilistas del siglo antepasado, quienes sostuvieron esta tesitura con mucha fruición, conminando prácticamente a los jueces a circunscribir su labor, a su aplicación literal.

Dada estas circunstancias, también DEMOLOMBE expresó: “Ahora bien, no hay lugar a interpretación, sino en el caso que los términos de la convención son oscuros o ambiguos. Por tanto, el artículo 1156 implica necesariamente, a pesar de la generalidad, quizás demasiado amplia de su texto, que sólo se debe hacer prevalecer la intención común de las partes sobre el sentido literal de los términos, en los casos en que los términos presentan efectiva obscuridad o ambigüedad. Cuando (los



términos de la convención) son claros, hay que aplicarlos según su sentido literal... “¹.

Nos topamos en este mismo sentido, con la sesgada opinión de LAURENT: “... si los términos son claros y no dejan duda alguna, hay que atenerse a la letra, porque, en este caso, no cabe la interpretación... cuando los términos son claros, la intención por eso mismo, es cierta... ocurre en las convenciones igual cosa que en las leyes; hay que aplicar en la interpretación de las convenciones esa regla tan sabia que los autores del primer proyecto del Código Civil habían formulado en el título preliminar: cuando una ley es clara, no debe eludirse la letra, so pretexto de penetrar el espíritu”^{2, 3}.

No obstante de la rigidez con que se afirmaba durante el siglo antepasado la teoría de la no interpretación del contrato claro, quienes levantaron la voz para allanarse a lo que postulaban DOMAT y POTHIER, fueron probablemente los más grandes civilistas de la época, AUBRY y RAU. Ellos sostenían que cabía interpretar el contrato “Cuando los términos que las partes emplearon presentan en sí mismos obscuridad o ambigüedad. Cuando, a pesar de su claridad, las palabras tomadas en su sentido literal no son susceptibles de conciliarse con la naturaleza del contrato y la intención evidente de las partes. (Nota de los autores: Se ha querido sostener que, en esta hipótesis, la interpretación no es permitida, y que el juez incurriría en un abuso de poder si se apartara del sentido literal de las palabras. Pero esta opinión, contraria a la disposición formal del artículo 1156, debe ser rechazada, pues aquí, la duda nace

¹ **DEMOLOMBE**, *Cours de Code de Napoléon*, 2ª ed., 1871, T. 2 del *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*.

² **LAURENT**, *Principes de Droit Civil Français*, 3ª ed., 1878, T. 16, p. 581.

³ Exponiendo el método tradicional de interpretación, el decano **GENY** (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2ª ed., 1954, T.1, N° 10, p. 26, nota 1) expresa : “Se puede decir que el prestigio incontestable de que ha gozado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia francesas, al momento de su aparición, la gran obra de F. LAURENT, marcó el apogeo de este método, que desde entonces pareciera perder terreno, sin cesar, empero de ser preponderante”.



precisamente de la oposición que existe entre los términos tomados en su sentido literal y la intención de las partes que trasciende de la naturaleza del contrato). Finalmente, cuando la confrontación de dos o de varias cláusulas de la convención hace nacer dudas sobre el alcance de dichas cláusulas”¹.

Hay que hacer presente que los doctrinarios venideros, e incluso hasta el día de hoy, un gran número de doctrinarios está en desacuerdo. Es fácil percatarse que persisten en sostener la tesis de DOMAT y POTHIER, y consideran factible y apropiada la exégesis de la convención clara. “Cuando una cláusula ha sido válidamente aceptada por ambas partes y es clara, debe ser aplicada tal cual, salvo que sea ilícita. No obstante, en una legislación no formalista, el afán de hacer prevalecer la voluntad real y al mismo tiempo la justicia, conduce a descartar la aplicación literal de una cláusula, aun clara y precisa que..., esté en contradicción con la intención común y evidente”².

Hoy por hoy, todas y cada una de las posturas que adhieren a la tesis que niegan, o no dan lugar a la exégesis de las cláusulas claras de los contratos, no deben observarse peyorativamente. La exégesis de la convención “no puede ser sino, que una permanente búsqueda de lo que real y efectivamente es querido por los contratantes, si lo literal del contrato es oscuro, ambiguo o incompleto, con la salvedad de que no cabe la exégesis, cuando el contrato es claro, “la interpretación sólo se justifica desde que hay contradicción entre dos cláusulas claras y precisas dentro de un contrato”³.

¹ **AUBRY y RAU**, *Cours de droit français d'après la méthode de Zacharie*, 6ª ed., por Martin, T. IV., N° 347.

² **Marcel PLANIOL y Georges RIPERT**, *Traité pratique de droit civil français*, 2ª ed., 1952, T. IV, p. 373.

³ **Jean BOULANGER**, in *Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire De Droit Civil*, T.1, 1951, voz : “contrats et conventions”.



A mayor abundamiento, diremos que algunas legislaciones han consagrado al menos en una disposición legal, esta última doctrina. A modo de ejemplo, señalaremos que el Código Civil de los Países Bajos, dispone en su artículo 1378 que, “cuando los términos de una convención son claros, no cabe separarse de ellos por vía de interpretación”. De igual forma, al modificarse el Código Egipcio en el artículo 150, establece que, “si los términos del contrato son claros, no corresponde separarse de ellos, para buscar, por vía de interpretación, cuál ha sido la voluntad de las partes”.

2.16 HERMENÉUTICA Y CONTRATOS POCO CLAROS

Primeramente hay que delimitar la interpretación y sus dominios y distinguir con perfección los contratos claros de los oscuros, para así establecer las ideas de acuerdo a las cuales el contrato claro, no debe ser interpretado. Es aquí donde podríamos encontrar una solución al problema. Siendo así, hacer el distingo, en mi humilde opinión, es prácticamente imposible. Este distingo, se podría satisfacer desde un punto de vista subjetivo o bien objetivo. Si se aborda desde un punto de vista subjetivo, el problema debería tratarse desde una interrogante que sería a saber: ¿Personalmente considera el juez, que el contrato es claro o que el contrato es oscuro?

Obviamente, seguida e inmediatamente de trabada la litis entre las partes, antes de examinar las circunstancias de la especie, el juez no está en condiciones de establecer una *desisoria litis* para solucionar el problema. No procede estimar una convención clara o no, *a priori*. De no ser así, y a contrario sensu, las posibilidades y el riesgo de cometer arbitrariedad, sería gigantesca; sería dar carta blanca a los jueces para prejuzgar, sin perjuicio de que todos los hombres de derecho están ciertos, que por ningún motivo se puede resolver una contienda litigiosa, sin antes conocer los hechos que la configuran.



Ahora bien, *a posteriori*, consideradas las circunstancias de la especie, finalizadas también las tan características inducciones del sistema subjetivo — las mismas que son tan indispensables para el intérprete para así poder llegar al alma de los contratantes y de esta manera descubrir su intención común — ahora sí, con pleno conocimiento de causa, el intérprete siempre podrá pronunciarse, si a su entender y juicio, la convención es clara o no. No reviste ninguna dificultad, el darse cuenta que el método para distinguir las cláusulas, que hemos llamado *a posteriori*, no es el más feliz o mejor dicho, es totalmente inadecuado para no permitir que el Magistrado haga una exégesis de los contratos claros. Y es por una simple razón: En el instante en que el Magistrado logra distinguir si la convención es clara u oscura, en ese preciso momento el contrato ya está interpretado, aunque falte la decisión, ya que los elementos para rendirla, están inexorablemente en sus manos. Estéril resultaría afirmar, de acuerdo al procedimiento subjetivo y *a posteriori*, que el Magistrado no está en capacidad de interpretar el contrato claro, y carecería de todo sentido. Por lo tanto, no nos queda otra alternativa que repugnar el criterio subjetivo por carecer de los elementos y ser inadecuado para poder distinguir las convenciones claras de las oscuras. *Ad effectum videndi*, esto carece de validez, tanto para su aspecto *a priori*, como para su aspecto *a posteriori*. ¿Podría dar un mejor resultado si lo enfocáramos todo desde el punto de vista de un criterio objetivo? Yo no lo creo.

También lo expresó el tratadista BONCENNE, y lo hizo de la siguiente manera: “Aquello que para éste es de una luminosidad deslumbrante no presenta a los ojos de aquel más que una luz vaga e incierta”.¹ No hay duda de que a menudo, objetivamente, las palabras tienen diversos sentidos; los idiomas presentan indefectiblemente imprecisiones. Hasta en los coloquios más triviales, se intenta penetrar el alma del interlocutor, porque como se sabe, las palabras no alcanzan y no son suficientes, y hay que poner atención al modo de cómo se

¹ Traité de procédure civile, T 1, p. 490. “Ce qui est pour celui-ci une lumière éblouissante ne présente aux yeux de celui-là qu’un jour vague et incertain”.



pronuncian, como también a otros aspectos. Como sabemos, hay pocas palabras lo suficientemente claras, pero en todo caso, la exégesis siempre será factible.

Si se acoge la convicción de que el lenguaje es preciso, ¿dónde radicaría la ventaja? Reducir la exégesis a la hipótesis en que los términos del contrato fueren ambiguos, esto es, reducirla prácticamente a la nada. Siendo así, y siguiendo un raciocinio lógico, fácil sería concluir, que siendo todos los términos en mayor o menor medida claros, no tendría lugar la interpretación. En lo sustancial, el problema radicaría en la inexistencia de un criterio objetivo, para permitirnos distinguir palabras claras de oscuras. Demás está decir, al observar la gran cantidad de convenciones que día a día están sujetas a interpretación por los tribunales, no lo son, sino extrañamente por motivo de una evidente ambigüedad. Con más frecuencia de lo que pensamos, son sujetos de exégesis, a pesar de su claridad aparente.

Sinceramente y sin temor a equivocarme, creo que en materia contractual, la diferencia, o mejor dicho, el distingo entre cláusulas claras y oscuras, es equívoco.

Me inclino a pensar, que la doctrina establecida por DOMAT y POTHIER, con todos sus defectos, es la más feliz y correcta, ya que la exégesis tiene cabida en todo contrato, y no es motivo ni condición para que haya lugar a una exégesis contractual, la obscuridad en los términos del contrato.

En definitiva, es lo que la doctrina plasma y/o establece en el artículo 1156 del Código de Napoleón. El intérprete, por lo tanto, tendrá como meta, el descubrir la voluntad común de las partes, y mientras esta voluntad común no sea clara, siempre habrá cabida y lugar para la exégesis contractual.



Con mucha fruición, optimismo y por qué no decirlo, también con rigor, puedo afirmar que no tiene cabida la exégesis contractual, cuando la voluntad es clara, pero no se confundan en asimilar la voluntad psicológica con las expresiones formales de la voluntad. La claridad en los términos del contrato, no implica necesariamente que la voluntad lo sea: ya que no nos olvidemos, que bajo los términos claros de un contrato, puede ocultarse una voluntad diferente, que es tarea propia del exégeta indagar.

Por tanto, como corolario y condición *sine qua non*, puedo decir y en lo que a mí respecta afirmar, que para que haya lugar a la exégesis en un contrato, el único elemento necesario, será la existencia de una contienda entre las partes.

2.17 POSIBLES CAUSAS DE LA DISPUTA

Ya he dicho que la exégesis tiene lugar en cualesquiera convención, ya sea esta clara u oscura y que para ello, sólo es menester una controversia entre las partes de un contrato; pero a la sazón, ¿cuáles serán las posibles causas de tales diferencias?¹.

Debo decir que éstas, evidentemente son muy diversas, y que además, no es procedente enumerarlas, pero en la medida que me sea posible, a lo menos intentaré agruparlas:

— El contrato y sus ambigüedades. Reviste el carácter de ambiguo, el contrato que admite dos o más sentidos absolutamente diferentes, y que ante tales diferencias, es posible dudar.

¹ He desestimado la diferencia que se hace entre convenciones claras y oscuras. No nos sorprenda, a pesar de ello, que la traiga nuevamente a colación, toda vez que mi propósito no es, sino el de analizar y describir el sistema subjetivo de interpretación de los contratos, y en este sistema sucede que la diferenciación, para bien o para mal, se seguirá estampando en sus distintas facetas en el devenir de esta tesis, porque el tema de la misma así lo amerita (tomado de los apuntes y notas del autor de esta tesis).



Existen infinidad de términos en el que advertimos un sentido jurídico o lingüístico dudoso. Entendido de esta forma, diremos que jurídicamente hablando, el término “muebles”, puede expresar o no los créditos, los títulos de acciones, el dinero, como también bienes incorpóreos o corporales. También puede ser considerada como el antónimo de inmueble u otro. La decisión será una cuestión de especie. También para el tema que nos ocupa, el término “herederos”, podría involucrar a un legatario. También lo sería el caso de la palabra “niños”, bisnietos y así sucesivamente. Para encontrar en la totalidad de los casos o alguno en particular, una solución, siempre y cuando el legislador no se haya pronunciado con respecto a estas eventualidades ya mencionadas, se tendría que estar sujeto a una indagatoria que hiciera el Magistrado, con respecto a la intención que tuvieron las partes al momento de contratar.

De acuerdo lo establece el Código de Napoleón en su articulado, y en especial me refiero al artículo 1130, inciso primero, que reza: “Las cosas futuras pueden ser el objeto de una obligación”. No obstante, si se enajena una cosa futura, o si se vende, lo que es de común ocurrencia, esta enajenación o esta venta, podría concluir, y por ende constituir, ya sea un contrato conmutativo, bajo condición suspensiva, de que la casa objeto del contrato llegue a existir, o ya sea un contrato aleatorio, que involucre un riesgo. Comentando este último caso, diré que si la cosa futura no llega a existir, no por ello el contrato carece de validez, y como consecuencia lógica, el comprador igualmente deberá pagar el precio. Debo puntualizar y destacar que también es de común ocurrencia, esto es, que sea muy probable, que en los términos del contrato no se haga precisión alguna sobre la naturaleza del mismo, y por lo tanto, sólo por medio de la exégesis, se podrá dirimir la duda en cuestión.

Debo hacer hincapié, a propósito del tema *ut supra*, que el artículo 1495 del Código Civil Ecuatoriano, señala que el error sobre un punto en



derecho, no vicia el consentimiento; y el artículo 1496 y ss., del mismo cuerpo legal, establece cuando el error de hecho vicia el consentimiento¹.

No me voy a explayar, ni me detendré a analizar las disposiciones legales *ut supra*, ya que la judicatura y el mundo académico, los tienen meridianamente claro, y sólo se mencionan con el afán *ad efectum videndi*.

— El recurrido tema del contrato obscuro. Se dice que un contrato es obscuro, cuando no ostenta sentido ninguno que sea determinable. Esta es la particular hipótesis de las contradicciones básicas. Para graficar esto, me remitiré a lo que ejemplariza el artículo 1496, del Código Civil de la República del Ecuador, al hablar de error de hecho como vicio del consentimiento, que señala que el error de hecho vicia el consentimiento, cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación. También se le puede graficar, diciendo que en una convención es posible encontrar una cláusula que se refiera a un arrendamiento y otra a una venta. Lo indispensable es la calificación, que en tales casos, presupone el conocer la común voluntad de los contratantes. En estos casos, el Magistrado, primero deberá hacer una exégesis del contrato, para así poder en un acto posterior, hacer la calificación del mismo.

— Por muy claros que sean los términos de la convención, no es poco común de que éstos sean insuficientes. Retrotraigámonos a uno de los ejemplos ya citados, graficándonos claramente cómo una cláusula, que pretendía ser clara, podía de igual forma producir graves problemas en la ininteligibilidad de la convención, como sucedía con la cláusula que prohibía toda construcción a la derecha o a la izquierda de un muro divisorio. Al pronunciarse el Tribunal de Alzada, esto es, la Corte de Casación, sopesando los términos inteligibles o claros, pero sin embargo insuficientes, determinó que tal prohibición sólo obedecía a

¹ V. Código Civil del Ecuador, artículos 1495 y 1496 y ss.



construcciones de una altura superior a la de la pared o muro en cuestión, autorizándose, por lo tanto, una construcción menos elevada.

— También puede suceder que haya claridad en los términos de la convención, pero incurrir en pleonasmos jurídicos. Éstos ilustran muy bien la situación en comento. En muchas ocasiones, la jurisprudencia les ha negado toda significación, a propósito de las llamadas cláusulas de estilo, que son muy habituales y que cuya inclusión la efectúan las personas que asesoran a los contratantes, o sea a los profesionales (abogados), que insertan fórmulas contractuales que carecen de todo sentido para los contratantes. En tal sentido, un Tribunal Civil de Seine se pronunció al respecto. No obstante, la cuestión de la validez de las cláusulas de estilo es discutible, más adelante volveré sobre esta materia en forma más oportuna.

Pudiera también pensarse a modo de ejemplo, que al celebrarse un contrato de arrendamiento, una de sus cláusulas estableciera que “las reparaciones” corresponden al arrendatario. Si esta cláusula se interpreta en relación a reparaciones locativas o de mera conservación, sería excesiva, porque aún ante el silencio de los contratantes, se entiende por la naturaleza del contrato, que el arrendatario debe efectuarlas. Al contrario, si se aplica y observa el artículo 1157 del Código Civil Francés — cuando una cláusula es susceptible de ser interpretada en dos sentidos, debe preferirse aquel con el cual pueda producir algún efecto sobre aquel con el cual no produciría efecto alguno —, podría entenderse la cláusula sólo referente a las reparaciones mayores. Tendremos entonces pues que entender, que la solución se subordina a la común voluntad de los contratantes.

Poniendo término a esta seguidilla de causas, debo decir que puede suceder que en sí mismos, los términos de la convención sean claros, pero que sin embargo, se han empleado de forma dudosa. Esta hipótesis encuentra su causa generalmente en la imprevisión, ya que los contratantes, a menudo, no introducen en el tenor del contrato las explicaciones necesarias, para que así un tercero, a primera vista pudiese



entender el significado que estas declaraciones tienen en el contrato. Es así como los términos claros y precisos devienen ambiguos y el exégeta, atendiendo las circunstancias del caso, verse llevado a dar un sentido diverso del normal, a las palabras empleadas en la convención.

Una vez más, recurriremos a DE CALLATAY para ilustrar la gravedad del problema, con un caso tomado de su obra, ya antes mencionada, en el N° 22, y específicamente en la página 46 y es el que sigue: “Jean Du Soleil, vecino de la ciudad de Lyon, tuvo de su primer matrimonio un hijo llamado Jean, que era enfermo de cuerpo y alma. De su segundo matrimonio tuvo ocho hijos, de los cuales el mayor se llamaba Etienne. En su testamento, él emplea las palabras “prefiriendo el mayor a los otros”. Aunque había fundadas presunciones de que el testador había tenido en vista a Etienne, el mayor de los hijos de su segundo lecho, el Parlamento, en un fallo del 11 de Mayo de 1714, decidió que tales términos debían concernir a Jean, que era verdaderamente el mayor”.

Casos semejantes, donde la falta de explicación de los contratantes es sorprendente, siempre han existido y nunca desaparecerán, máxime que ellos se pueden originar también como consecuencia de circunstancias posteriores a la convención, lo que obviamente hará imposible el poder prevenirlos. Para ejemplificar el problema, diremos que en un contrato celebrado entre X e Y, se conviene que X pagará una renta a Y, reversible por mitad en la persona de su mujer. Pero sucede que la mujer de Y muere, y este hecho acontece después de la celebración del contrato en cuestión, momento en el cual el arrendador se vuelve a casar; como resultado de esto, el contrato que era claro, se tornó en obscuro, en el sentido de poder determinar si la mujer del segundo lecho del señor Y, adquiriría o no, el título de acreedora.

Tenemos muy en cuenta que las hipótesis analizadas *ut supra*, sólo difieren por delicados tintes. En lo que se refiere a las dos primeras, son prácticamente iguales, y en cuanto a las tres últimas, perfectamente bien pueden reducirse a una sola, y esta es “la claridad del contrato desmentida por la intención de las partes”. La conclusión será, que la



única condición que al juez se le exige para interpretar, será que exista “una contienda entre los contratantes”, y sus causas son, por una parte, ambigüedad u oscuridad del contrato, y por otra, que los interesados ofrezcan al juez, una voluntad psicológica determinada de tal forma, que permita al exégeta distanciarse del tenor literal claro del contrato.

De esta manera me acabo de introducir en un problema de derecho adjetivo, y esto es simple y llanamente, que *motu proprio*, el juez no puede efectuar la exégesis, ya que si lo hiciere, incurriría en *ultra-petita*. Sin embargo, si la interpretación es solicitada por una de las partes, ahora sí, puede comenzar la indagatoria, pero sin resolver previamente la calificación del contrato, en cuanto a si éste es claro u oscuro.

2.18 EXÉGESIS CONTRACTUAL Y LEGAL

Los que adhieren al sistema clásico de exégesis contractual¹, tienen la convicción de que el juez puede llegar a establecer la voluntad común de las partes mediante dos procedimientos: La interpretación gramatical o la interpretación lógica. En la gramatical, supone que no está en discusión ninguna cuestión de intenciones. El problema que hay que solucionar, será que hay que establecer el sentido de las palabras. Ambas partes reconocen haberlas entendido en su normal sentido, pero sobre su alcance exacto, no están de acuerdo, entonces será el Magistrado, quien de acuerdo a las reglas gramaticales, debe decidir. Debo decir entonces, que la que mejor corresponde a las investigaciones psicológicas, es la interpretación lógica que el sistema clásico impone al exégeta. Cabe agregar que adquiere un carácter restrictivo, extensivo o declarativo este método lógico, según que la interpretación conduzca en definitiva — ciertamente tomando en consideración la intención de los contratantes — a ampliar, reducir o mantener el sentido de los términos ocupados en el tenor escrito del contrato.

¹ V. p. ej. **GAUGUIER**, op. Cit., p. 75 y ss. **Fritz BOSSHART**, L'interprétation des contrats, Tesis, Ginebra, 1939, pp. 102 a 107.



Al finalizar la general descripción del Sistema Clásico Francés de exégesis contractual, he decidido hacer estos alcances, para sí enseñarles lo parecido en el sistema en comento y el sistema tradicional de la hermenéutica legal.

Así considerado por la Escuela Exegética, en el sentido de que todo el derecho está contenido en las leyes y en ninguna fuente más del derecho. Por esta razón que toma una importancia inconmensurable la interpretación, pues debe apoyarse en los textos legales como cualquier solución judicial. El Magistrado se ve conminado a colegir de los textos legales, incluso lo que no consideraron jamás, y la forma para hacerlo, es la interpretación. Diremos que esta interpretación legal, es también gramatical o lógica. Gramatical, cuando basta analizar el texto de la ley, sus diferentes partes, para encontrar respuesta al caso debatido; y lógica, cuando, como lo dice GENY, antes de exponer su sistema sobre la libre investigación científica, el pensamiento del legislador no se traduce exactamente en la fórmula empleada; “entonces interviene, a fin de suplir la impotencia de la interpretación “gramatical”, la interpretación impropriamente llamada “lógica”, cuya esencia consiste en pasar sobre las palabras, para buscar el pensamiento de la ley hasta el alma de su autor. Es preciso — ya que la fórmula permanece muda y cerrada — penetrar por otras vías, la voluntad que la ha inspirado... así de esta manera, se va a buscar, cueste lo que cueste, e incluso corriendo peligros, lo que el Legislador quiso decir y proponer, esto es, su intención”.

A modo de cuasi conclusión, diremos que los fines de ambas interpretaciones difieren poco, y me refiero a la interpretación de la ley y a la del contrato: “Escudriñar el querer, pensamientos hasta en el corazón de su autor”; los procedimientos de interpretación de una y otra, son los mismos, esto es, gramatical o lógico. Aún es más, al igual que en la interpretación de los contratos, también en la interpretación de la ley, existe la idea que tal interpretación no debe tener lugar cuando el texto es claro. Esto lo ratifica GOLDMAN, apoyándose en lo que sería nuestro artículo 18, N° 1.



A pesar de que en cierta forma rechacé formalmente, o en el término más feliz, impugné esta doctrina de la no interpretación del contrato claro, reconozco que en lo inherente a la ley, podría no ocurrir lo mismo, por más que la hayan puesto a menudo los juristas, en un paralelo con el contrato, involucrando incluso a ROUSSEAU, bajo su influencia en una pretendida convención, cuyo autor es este último. Se diferencian totalmente en cuanto a su alcance como en su naturaleza, ya que es diferente a un contrato. Pero, de todas formas, la afirmación de la teoría de la interpretación de la ley clara, no impide que aunque ella no presente nada de ambiguo, deba recibir de parte del juez, un complemento de precisión. Siendo así, por ejemplo, para aplicar el artículo 1382 del Código de Napoleón, el juez deberá definir la falta, el perjuicio y la relación de causalidad entre falta y perjuicio¹.

Debo dejar en claro, que las fronteras de mi tesis, se encuentran en la exégesis y hermenéutica de los contratos privados, no me empece en esta oportunidad, profundizar el análisis referente a la hermenéutica legal. Sólo toqué tangencialmente sus similitudes, los problemas que ellas conllevan en los dos regímenes de interpretación.

2.19 HERMENÉUTICA CONTRACTUAL

REGLAMENTACIÓN

ACEPCIÓN Y CONSIDERACIONES

Éstas, son los principios que sirven de base o de punto de partida del intérprete y sus racionamientos, que lo ayudan a buscar la común intención de las partes. Es el blanco a que apunta la interpretación subjetiva.

Como las posibilidades de convenciones que pueden celebrar las personas son prácticamente infinitas, y las circunstancias, y como cada figura jurídica es acompañada de circunstancias, hay que destacar que estas son limitadas, y siendo así, diremos que las reglas de interpretación

¹ **Jean BOULANGER**, Enciclopedia Jurídica Dalloz. Repertorio de Derecho Civil, T. III, 1953. Voz "jurisprudence".



tienen una vocación restringida. Esto nos indica que no se puede pretender guiar al intérprete en todos los casos y en todo momento, en un camino definido para alcanzar la voluntad común de las partes, ya que son tantos y tan diversos los casos, que es un verdadero desafío para una reglamentación acuciosa.

No obstante lo dicho, lo útil que resultan estas reglas es evidente, y por esto, es que los reactores del Código Civil Francés, consagraron las más tradicionales en los artículos 1156 a 1164. Son a la sazón, nueve articulados que encuentran su inspiración en las quince reglas de DOMAT y sobre todo en las doce que formuló POTHIER, que en gran medida las extrajo del Derecho Romano. Cualquier exégeta debe servirse, mientras así le sea posible, de estas reglas, para realizar su labor, pero hay que tener en cuenta que no tiene impedimentos para considerar otros principios, aunque estos no hayan sido sancionados legalmente. Como observaremos, el Magistrado en forma muy atenta, debe examinar todas y cada uno de las circunstancias de la especie, a pesar que a tal conducta, ninguna ley lo obliga expresamente.

Las principales reglas de hermenéutica contractual serán examinadas a continuación, y me refiero específicamente a las del Sistema Clásico Francés. Estas son las de los artículos 1156 y ss., y también algunas no legales de hermenéutica. Indudablemente las veremos una a una; pero antes, nos será de mucha utilidad, diferenciar entre los numerosos casos de interpretación legal y las reglas de interpretación, que las encontraremos obviamente, y como es de esperar, en del derecho sustantivo.

2.20 HERMENÉUTICA Y CASUÍSTICA

La hermenéutica tiene como herramientas, las reglas para señalar al hermeneuta, cómo se debe conducir, para lograr establecer la voluntad psicológica de las partes. Estas no traspasan la simple señal del legislador al exégeta, que son las apropiadas y sirven de sustento a sus



razonamientos; pero, frente a cada caso, la solución debe ser hallada por el propio exégeta.

Por el contrario, en lo que empece a casos de exégesis legal, el legislador va mucho más allá, ya que no se contenta en otorgar y dar un derrotero a este exégeta. A *contrario sensu*, realiza con antelación, en todas sus partes, la exégesis, y otorga una solución que el Magistrado deberá, por ende, aplicar a todas las especies que correspondan a la hipótesis prevista en la ley. De tal forma, que el legislador realiza la exégesis en abstracto y con antelación, en un caso que es posible de presentarse de común ocurrencia en el día a día. Indudablemente que el trabajo que realiza, es de carácter preventivo, que facilita la labor de los Magistrados, pero corre el peligro, debido a lo general de la solución, de pasar a llevar en cada especie, las circunstancias concretas.

Es muy variado el punto a donde puede llegar el legislador en los casos de exégesis legal, todo esto, por supuesto, en el marco de la doctrina clásica. No obstante, los casos en cuestión, tienen en común, que las soluciones que da el legislador, se reputan siempre como perteneciente a la virtual voluntad de las partes que participan en la convención.

En primer lugar, en los casos más sencillos a cada cláusula dudosa, el legislador le fija un sentido que deberá atribuírsele, si en algún contrato las partes la introducen sin explicar su alcance. Los ejemplos los encontramos en los artículos 533 a 536 del Código de Napoleón, que identifican claramente y también lo establecen, el real sentido que debe otorgarse a las expresiones “muebles”, “mobiliario”, “efectos muebles” y otros. De igual forma, hace esta misma labor, y que quedan plasmados en los preceptos 620, 1762, 1628, 1694 y 1695 del mismo Código.

A continuación, tenemos casos en que los contratantes, al celebrar una convención, no hacen mención de algún aspecto particular de la misma. Los contratantes guardan un relativo silencio, ya que existe un texto del contrato donde vierten su declaración; desafortunadamente,



ésta resulta incompleta para extraer lo que la especie exige, que son todas las consecuencias del derecho.

Se produce una suerte de ley supletoria para salvaguardar y llenar el silencio de las partes, dando una solución que — según los autores clásicos — obedece a la voluntad que las partes habrían tenido si hubiesen previsto la interrogante resuelta por el legislador. La celeridad y vaivenes de la vida moderna, hacen frecuentemente, que los particulares celebren convenciones concisas y compendiosas, donde la pulcritud de los detalles se deja precisamente a disposiciones interpretativas o supletorias que la ley establece. Ahora bien, si los contratantes no dejan plenamente establecido, sino solamente lo esencial en la convención, el rol supletorio de la ley alcanza toda su extensión. Esta situación, como es de común ocurrencia, explica el porqué el Código Civil contenga en sí mismo, centenas de disposiciones, que no tienen otra finalidad, que la de determinar los puntos que no previeron las partes involucradas en un contrato. Es así, que los artículos 1793 y ss., del Código Civil Chileno, se entregan a reglamentar las convenciones de mayor uso o que se dan con mayor habitualidad en la vida del derecho: Sociedad, comodato, arrendamiento, venta y otros.

La excepción que se hace, es la de algunas disposiciones de orden público, de carácter imperativo, que no pueden ser derogadas por los contratantes, ya que éstos tienen la libertad de soslayar aquellos textos del Código, otorgando a sus contratos, aquella reglamentación, que consideren la más idónea a sus fines prácticos. Pero cuando las partes guardan silencio, todas estas disposiciones de orden público, entran en vigor y tienen vigencia plena, considerándoselas como casos de interpretación legal de la voluntad de las partes.

Finalmente, teniendo siempre presente y sin perder de vista que estamos en el marco de la doctrina clásica, tenemos un tercer orden de casos, en que el legislador interpreta la voluntad de las partes. Esta es, sin temor a equivocarme, la hipótesis más osada de todas, puesto que no hay únicamente un silencio relativo, sino más bien, absoluto de las partes



en el contrato. Ante la ausencia de declaración y teniendo en cuenta la urgente necesidad de precisar los efectos jurídicos de una determinada situación, como lo sería la muerte de una persona, o la situación en que quedan los bienes conyugales a su condición, la ley interpreta una voluntad que jamás se manifestó, estableciendo el estatuto jurídico que mejor parece adaptarse a la situación de que se trate. Así se han explicado las normas tradicionalmente, sobre la sucesión *ab intestato*, y el régimen legal matrimonial entre los esposos que no celebraron capitulaciones matrimoniales.

Debo decir, que en las dos primeras categorías de casos de interpretación legal, el exégeta podría no considerar la solución legal señalada, siempre y cuando pudiera precisar, no obstante, el silencio de la declaración sobre el punto a resolver por medios extrínsecos a la declaración, una común voluntad de los contratantes diversa a la solución que establece la ley.

Esto, de suyo difícil, encuentra su razón de ser, de acuerdo a la doctrina clásica, por la preeminencia absoluta de la común voluntad de los contratantes.

En los casos que se encuentran en la última categoría, por el contrario, aunque las soluciones legales son interpretativas de la voluntad “presunta” del difunto o de los esposos, tiene el carácter de imperativas, y por lo mismo, ninguna consideración autorizaría al Magistrado a prescindir de la reglamentación que le ofrece la ley a aplicar.

¿Y esta diferencia, a qué se debe? Puesto que si el de cujus, o los esposos, hubieran querido expresar su voluntad, no lo hubieran podido hacer, salvo que mediara un testamento o una convención matrimonial. Como estos actos son solemnes, si estas faltasen, deberían ser excluidas las consideraciones de elementos extrínsecos, y no faltaría sino aplicar el estatuto que ha establecido el legislador para estos casos.



Ahora, cuando demos inicio al estudio de las reglas de interpretación de los contratos, deberemos iniciar mediante el examen de aquellas relacionadas con los elementos intrínsecos del contrato, para luego observar seguidamente, las que tienen relación con los elementos extrínsecos del mismo, y poner fin así, a las reglas subsidiarias, como las considera la teoría clásica.

2.21 DE LO INTRÍNSECO EN LOS CONTRATOS

La interpretación de los contratos entendida de esta forma, es interpretar el texto de éstos por sí mismos.

Existen tres reglas fundamentales: La del artículo 1161, 1157 y la del artículo 1158 del Código Civil Francés. Claro está que hay que hacer presente, que en ningún momento el legislador pretendió establecer un orden de preferencia de los artículos ya mencionados; e hizo bien, porque ya que sus aplicaciones están subordinadas a la manera de cómo se presenta el caso sub-lite, tanto en los puntos dudosos, tanto a conocer la voluntad interna de las partes y a las circunstancias propias de cada contrato. Por lo que concluimos que ninguna de estas reglas mencionadas *brevitatis causae*, es más importante la una que la otra.

2.22 REGLAS

De entre éstas, primero analizaremos la regla del artículo 1161, ya que el intérprete debe siempre en primer lugar, analizar la convención en su conjunto y cuyos alcances se intentan precisar. La regla del artículo 1161, es llamada la regla de la armonía de las cláusulas, “las cláusulas de las convenciones se interpretarán las unas por las otras, dándole a cada una el sentido que resulte de la totalidad del acto”. Esta es una formulación que estableció DOMAT, como sigue: “Todas las cláusulas de las convenciones se interpretarán las unas por las otras, dando a cada una el sentido que resulte de la continuidad del contrato entero”¹, debo señalar, *ad efectum videndi*, que esta disposición tuvo preeminencia

¹ Op. cit.



sobre la de POTHIER, que a los ojos de los juristas de la época, la de este último, carecía de elegancia, pero sustancialmente, sólo ese fue el motivo¹.

Lo general, es que las cláusulas de un contrato estén entrelazadas y subordinadas unas con otras y, *a fortiori*, se deben examinar la totalidad de ellas, para intentar disipar así, las dudas que pudiera provocar alguna de estas cláusulas. Debo decir, que tal examen puede complicar *a posteriori*, el sentido de la convención. Podrían aparecer contradictorias, cláusulas que individualmente son precisas, al ser examinadas en su totalidad o en su conjunto. Esta dificultad, podría hacer fatigante el análisis para establecer, en definitiva, la voluntad común de las partes, que como ya sabemos, es el punto gravitante de la exégesis y su solución.

Por su parte, la fórmula o la regla que establece el artículo 1157, la llamaremos la regla de la utilidad de las cláusulas. “Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, debe más bien entenderse en aquél con el cual puede tener algún efecto, que en el sentido con el cual no podría producir efecto alguno”. Como esta regla constituye la razón de *a maiori ad minus*, sin discusión se impone. Estarán de acuerdo conmigo, que el introducir en la convención una cláusula cuyo destino es no producir efecto, sería una sin razón inadmisibles, desde cualquier punto de vista. Posterior a su segunda regla que inspiró el artículo *ut supra*, POTHIER nos regala este maravilloso ejemplo: “Se convino entre Pedro y Pablo, que Pablo podría pasar por sus heredades; aunque los términos “sus heredades”, en el sentido gramatical, pueden referirse tanto a las de Pablo como a las de Pedro, no es dudoso que deben entenderse como las de Pedro, de otro modo la cláusula no tendría efecto alguno, pues Pablo no tenía necesidad de estipular que podría pasar por sus propias heredades”².

¹ Op. cit. “Una cláusula debe interpretarse por las otras cláusulas contenidas en el acto, sea que ellas la precedan o la sigan”.

² Op. cit.



Muchas veces, aunque parezca un *contrario sensu*, puede ser bueno o preferible que el exégeta le atribuya a una cláusula, un sentido con el cual no tenga efecto alguno, como si fuese el caso observar una cláusula contraria al orden público o a las buenas costumbres; siendo así, será necesario declararla nula, ya que siempre el artículo 1157, estará subordinado al artículo 6 del Código Civil¹ (recuerdo que estamos analizando el Código Madre, si me permiten esta licencia un tanto hiperbolizada, y me refiero al Código Civil Francés), y como lo saben los estudiosos del derecho, y así lo estipula también el mismo artículo 6 del Código en comento, las cláusulas o preceptos que se establezcan en convenciones particulares, no son susceptibles de ser derogadas. En otras circunstancias, existen cláusulas que no traducen ni expresan, sino pleonasmos y que no poseen en forma efectiva ningún sentido en específico en el espíritu de las partes, y como en *brevitatis causae*, respecto del artículo 1156 debe primar siempre la intención de las partes, y por lo tanto, el exégeta con respecto a la cláusula en cuestión, deberá despreciarla, siempre y cuando esto ocurra. DEMOLOMBE tiene una opinión a este respecto y la expresa de esta manera: “La regla del artículo 1156 debe, algunas veces, predominar sobre la del artículo 1157, es decir, es preferible declarar ciertas cláusulas inútiles, que violar la intención común de las partes, queriendo hacerlas útiles”. Para que dar sentido especial “a todas esas redundancias y a todas esas cautelas..., que la práctica antigua desgraciadamente nos ha legado y que aún hoy pululan en nuestros actos...”².

Siguiendo las reglas establecidas en el Código Civil Francés, nos encontramos con la del artículo 1158, en la que se establece que los términos ambiguos deben entenderse conforme al derecho común. “Los términos susceptibles de dos sentidos se deben considerar en el que más

¹ Art. 6 C.C. Francés: “No se puede derogar, por convenciones particulares, a las leyes relativas al orden público y a las buenas costumbres”.

² Op. cit., T. 25.



convenga a la materia del contrato”. DOMAT también señala algo similar en su quinta regla diciendo: “Si los términos de una convención tienen un sentido doble, debe tomarse aquél que esté más conforme con la intención común de los contratantes, y que más se relacione con el tema de la convención”¹. En el mismo sentido, POTHIER señalaba: “Cuando en un contrato los términos son susceptibles de dos sentidos, debe entenderse en el sentido que convenga más a la naturaleza del contrato”², allí donde DOMAT decía “el tema de la convención”, y POTHIER “la naturaleza del contrato, los autores parecen contestes al estimar que todas estas expresiones traducen la misma idea, esto es, salvo voluntad contraria, los términos dudosos deben ser entendidos de acuerdo a como el derecho común les atribuye un sentido, para estos casos, determinado.

En un ejemplo diremos, que si se celebra un contrato de arrendamiento de un departamento por un período de 5 años, y el precio se fija en 1.000 dólares, sin que las partes tengan el cuidado de explayarse mayormente, podría concluirse, tomando sólo en consideración los elementos intrínsecos de la convención, que el arrendatario deberá pagar dicha suma, no en forma anual, tampoco por una sola vez durante el período que dure el contrato, sino que por el contrario, mes a mes, pues es de la naturaleza de los arriendos de predios urbanos, que las rentas de arrendamiento se efectúen de esta manera.

Lo más frecuente será, que si sólo se consideran los elementos intrínsecos de una convención, no será posible determinar el sentido de la misma. Casi siempre el exégeta tendrá que consultar los elementos extrínsecos de la declaración para realizar su labor.

¹ Op. cit.

² Op. cit.



2.23 ELEMENTOS EXTRÍNSECOS

Considerando que el contrato está conformado no sólo por la declaración, sino que más bien, es una unidad en sí mismo, el exégeta deberá apreciar los elementos que no figuran en ella y así poder realizar la exégesis en cuestión. Los elementos extrínsecos a la fórmula contractual, a la declaración de los partícipes, se resume en “las circunstancias de la especie”. De esta manera, a esta altura de la tesis, queda claro de los elementos y de la nomenclatura aplicada, y así no caer en tautologías, que solamente nos llevarán a un inútil pleonismo.

2.24 TESTAMENTOS Y CONVENCIONES DE ACUERDO AL CONCEPTO UT SUPRA

Para incrementar y aplicar en su concepto lo ya visto, debemos decir que las circunstancias de la especie, es aquella que comprende los elementos que pueden revelar al intérprete, ya sea directamente, mediante inducciones sobre todo, la intención común de los contratantes. Todos éstos se pueden percibir en la forma de conducirse los contratantes, advirtiéndolo antes de la celebración del contrato (negociaciones), como también en la conclusión del mismo e incluso con posterioridad a esta.

A la vista de un exégeta no muy diestro, en lo que podríamos llamar en forma cuasi coloquial, inexperto en el arte de la interpretación de los contratos, podría erradamente advertir, que el Código Civil, no contiene regla alguna que le permita tener en consideración todas las circunstancias de la especie. No obstante, sin perjuicio de que no existe disposición expresa alguna y formal en tal sentido, qué duda cabe de que el sistema subjetivo — tan cuidadoso de la voluntad psicológica de las partes — no se podría entender sin la autorización, sin la prescripción de la apreciación de los elementos extrínsecos de la declaración formulada por las partes. Además, hay que tener en cuenta, que la fórmula que prescribe el artículo 1156 del Código Civil, es “la primera” regla, y podríamos decir, *a fortiori*, que es “la regla de las reglas”, como



magistralmente lo advirtiera DEMOLOMBE en su “*Cours de code de Napoléon*”. Y también lo mencionara, tan simpáticamente y con mucha fruición, especialmente en el Tomo II del “*Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*”. También esto mismo lo advirtió MONTAIGNE, cuando expresó que el intérprete debe deslindar la común intención de las partes contratantes, antes que atenerse al sentido literal de las palabras, consagrando así en forma implícita, la regla de la búsqueda de la voluntad de las partes, en todas las circunstancias de la especie, que es la primera obligación que debe cumplir el exégeta en materia de hermenéutica.

Con mucha convicción, podemos decir que el juez o mejor dicho los jueces, no están obligados a atenerse al contrato de que se trata, en lo que a su interpretación se refiere, cuando buscan, o al menos lo intentan, saber cuál es la verdadera intención de las partes contratantes. De esta manera lo mencionan y expresan en forma tan excelsa, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, y como dijo don Arturo Alessandri Rodríguez al respecto, en un manuscrito confeccionado para las actas de la comisión parlamentaria, referente a un proyecto de ley que el Presidente de la época enviara a estudio: “Es un privilegio que tan grandes juristas (refiriéndose a los ya mencionados), me hayan precedido, pues de esta manera, me puedo deleitar de tan excelsa sabiduría, que en lugar de los libros, debieran estar siempre, si ellas cupieran, en un exergo”. Agregan que pueden considerar, se refieren a los jueces, calidades de los contratantes, sus relaciones anteriores, sus profesiones. Y a esto, que es la esencia misma del sistema subjetivo de interpretación, sorpresivamente agregan, “distinto es el caso para los testamentos: de los mismos actos se debe extraer la prueba de las disposiciones que contienen; pero esto se explica por su carácter solemne...”, y continúan diciendo, siempre con motivo de la exégesis: “Es obvio, por otro lado, que, en general, la prueba de la existencia y del alcance de las convenciones, está sujeta a las reglas del derecho común, particularmente en lo que se refiere a la



necesidad de un principio de prueba por escrito, para la admisibilidad de la prueba testimonial y de las presunciones”¹.

Los alcances que acabamos de precisar, nos han introducido indefectiblemente en un área del derecho que precisamente lo señalaremos como el derecho adjetivo, que no siendo materia de nuestro estudio, ni de esta tesis, lo subrayamos para aprovechar de decir que esta es una materia que tiene relaciones con otras áreas del derecho, y al mismo tiempo, nos inducen a formular ideas inherentes a la prueba en relación con la hermenéutica. Pero, primero que todo, debo hacer hincapié y señalar que en mi opinión, las circunstancias de la especie ameritan, en una suerte de deber ser, el ser consideradas, sea que se trate de un acto jurídico consensual o bien de un acto jurídico solemne. Es mi deber decir también, que no existe razón alguna para introducir la diferencia propuesta por los autores señalados *ut supra*, entre convenciones y testamentos, en ninguna de sus calidades y menos de aquel, al que de suyo, le es inherente.

No nos olvidemos que cuando la ley exige ciertas condiciones paralelas a las manifestaciones de voluntad y más específicamente, cuando manda formalidades *ad solemnitatem*, éstas están obligadas a respetarlas, so pena de nulidad. Pero, la cuestión en comento, no tiene importancia en la hermenéutica, ya que una vez trabada la litis, la existencia del acto jurídico y el cumplimiento de solemnidades legales, si se trata por ejemplo del testamento, suponiendo que la hermenéutica sea necesaria para establecer el sentido del acto, y si la sola observación de elementos intrínsecos, las circunstancias de la especie, deberán ser consideradas sin importar al negocio jurídico su carácter de consensual, o bien, si se trata de un acto solemne.

Se ha dicho, que bajo ningún respecto, se podría recurrir a pruebas extrínsecas para crear o desfigurar alguna cláusula en un acto solemne; pero todos los juristas saben que la finalidad de la exégesis no es esa,

¹ *Traité théorique et pratique de droit civil, Obligations. T. 1, 3ª ed., 1906, pp. 573 y 574.*



pues ésta sólo se limita a determinar el alcance del acto jurídico a la que está abocada.

Tampoco hay que ser presuntuoso, y pretender que la exégesis crea algo, ya que la exégesis, por ningún motivo, ni de forma ni de fondo, crea nada nuevo, ni menos puede agregar elemento alguno al texto de la declaración que han hecho las partes, y sólo se limita a fijar su sentido, como ya se ha explicado y argumentado con antelación. Ya GAUGUIER, en su obra *ut supra*, en una cita que hiciera de POTHIER, para poder argumentar su tesis sobre el tema, estampa lo afirmado por este último en su libro *Introduction au titre XVI de la Coutume d'Orléans*, que reza: “Aquello que el testador tuvo en vista, por las diferentes circunstancias relativas a las costumbres del testador, al país donde él vivía, a la calidad de la persona del legatario, a la amistad que el testador le profesaba y otras”. Esto se aplica tanto a los actos solemnes en general, como a los testamentos, y en especial, a lo especificado al respecto en esta tesis.

El derecho francés, ha hecho saber en múltiples ocasiones, expresada en su jurisprudencia y consagrada en la doctrina, que admite la exégesis de testamentos por medio de sus elementos extrínsecos, con respecto a la conceptualización de éstos.

Demás está citar algún ejemplo, por lo fácil que resulta entender este tema; además recurro a lo ya explicado *brevitatis causae*.

2.25 LA PRUEBA

Como lo señalé en el tema referido a testamentos y convenciones, ya antes visto, me place mucho tener que volver a recurrir a estos grandes maestros del derecho, como argumentación para el tema en cuestión, a pesar de que, de una u otra forma, deberé dejar sobre el tapete, sus desaciertos en la materia que nos importa. Debo decir que BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, hacen aseveraciones, que hoy por hoy serían temerarias, pero retrotrayéndonos en el tiempo, resultaron de mucho ingenio para poder superarnos, y todos les estamos sumamente agradecidos. Diremos más bien, que sus afirmaciones atraen muchas



controversias, en lo que a la prueba de los actos jurídicos y a la prueba de los hechos materiales concierne. Ya dichos suyos, los parafraseamos, cuando hablamos de testamentos y convenciones, donde queda en evidencia, lo controvertido de sus dichos. Los aludidos doctrinarios, sitúan en un mismo plano, la prueba de la existencia y del alcance de las convenciones y precisan lo necesario que es, en ambos casos, de un principio de prueba escriturado para la admisibilidad de los testimonios vertidos como de las presunciones. No obstante, la existencia de una convención, que como ya sabemos todos, es cuestión de prueba, y otra muy distinta, que es el alcance de una convención, que como ya también todos sabemos, es cuestión de interpretación, son dos aspectos disímiles, que no deben confundirse por ningún motivo, como lo observa el análisis del derecho sustantivo y también del derecho adjetivo.

Cuando se trata la litis en un contrato, las partes en el juicio, obviamente deben aportar la prueba de su existencia; y nos encontramos aquí, de que las limitaciones de que adolecen los artículos 1341 y ss., del Código Civil Francés, en lo concerniente a prueba testimonial y a la de presunciones, ahora sí son aplicables, ya que dichas disposiciones se remiten y refieren, precisamente a la prueba de la existencia en los actos jurídicos en forma categórica e irrefutable.

Sin embargo, debemos decir, a *contrario sensu*, que estas disposiciones (1341 y ss.), no se aplican en lo que a la prueba de los hechos se refiere. En el caso de lo que atañe a las circunstancias de la especie, los elementos extrínsecos al contrato, son y serán siempre, hechos materiales, que es menester también probar, sin necesidad de tomar en cuenta limitaciones establecidas para los actos jurídicos, que son también establecidas para la prueba. Si así no fuere, y si el legislador requiriera un principio de prueba escriturado, o mejor dicho, por escrito, para probar cualquier circunstancia, la exégesis extrínseca prácticamente no podría tener lugar, y por ende, el exégeta con mucha dificultad, tal vez lograría develar la voluntad interior de las partes.



Si el artículo 1341 tiene prohibida la prueba, más allá de los escritos o contra ellos, no puede hacerlo en materia de interpretación pues, cuando de interpretar se trata, lo único que se indaga y aclara, es cuál ha sido el verdadero alcance y sentido de un compromiso adquirido y también de un contrato, y siendo así, son utilizables todos los elementos de convicción, incluso los testimonios y presunciones.

En lo que a la declaración y sus circunstancias extrínsecas se refiere, que como ya sabemos, son de suma importancia para la exégesis, estas deben ser probadas por la parte que las alega, sin que sea necesario, empero, considerar lo que el Código Civil prescribe para la prueba de los actos jurídicos, en consideración a las limitaciones establecidas por éste. De ninguna manera, esto nos indica, que en sí misma, la exégesis deba aprobarse. La exégesis es, en el proceso, única y exclusivamente reservada al juez. Pero para que éste pueda llevarla a cabo, es necesario otorgarle los medios, demostrarle los supuestos de hecho en que el exégeta basará sus razonamientos, al esclarecer el real sentido de la convención.

Con estos razonamientos, ya podemos saber la importancia considerable que reviste la prueba de todas las circunstancias de la especie.

2.26 PRECEPTOS REGLAMENTARIOS DEL CÓDIGO NAPOLEÓNICO

Éstos, aunque en apariencia contradictoria, nos indican dos reglas de interpretación. El artículo 1163 establece la de la aplicación restringida, que reza: “Por generales que sean los términos en que una convención esté concebida, no comprende, sino, las cosas sobre las cuales las partes se propusieron contratar”. La regla en cuestión deviene de la octava de POTHIER, obsequiándonos este ejemplo: “Si habíamos transigido sobre todas nuestras respectivas pretensiones, habiendo acordado una suma que usted se obligaba a pagarme, por medio de lo cual nos dábamos recíprocamente finiquito de todas nuestras obligaciones, esta transacción



no perjudica los derechos que yo tenía en su contra, y de los cuales yo no hubiera podido tener conocimiento en el momento de la transacción”¹.

En cambio, la regla de la extensión natural de la declaración, la establece el artículo 1164, que señala: “Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso, haberse querido restringir la extensión, que el compromiso recibe de derecho, a los casos no expresados”. Una vez más, fue POTHIER quien inspiró esta disposición, el mismo que a continuación de su segunda regla, nos regala otro ejemplo: “Si en un contrato de matrimonio (capitulaciones matrimoniales), se dice: Los futuros esposos estarán en comunidad de bienes, comunidad en la cual entrará el mobiliario de las sucesiones que le sean asignadas; esta cláusula no impide que dejen de entrar todas las otras cosas, que según el derecho común, entran en la comunidad conyugal, porque sólo se agregó para evitar la duda que las partes, poco instruidas, creyeron que podría presentarse sobre si, el mobiliario de las sucesiones debía entrar en la comunidad”².

Debemos decir, que sólo son contradictorias en apariencia, estas dos reglas ya vistas. Son hipótesis particulares inmersas en el principio fundamental del artículo 1156, que deja en claro, que sobre las palabras empleadas, prima la intención común de los contratantes. Siendo así, el hecho que en la práctica judicial deba aplicarse el artículo 1163 o bien el artículo 1164, va a depender exclusivamente de las circunstancias de la especie, que a la sazón, dejarán al albedrío del exégeta, decidir si los términos sobrepasan o restringen el pensamiento de los contratantes.

Fácil es colegir y entender, que hubiese sido preferible consagrar una sola regla, en lugar de limitarse a copiar a POTHIER la misma, que como característica, debería haber sido más general y más precisa, y haber establecido una obligación para el exégeta, que consistiera en el deber de apreciar los elementos extrínsecos de la declaración, cuando

¹ Op. cit.

² Op. cit.



esta revistiera los caracteres de insuficiente, para poder llegar así a precisar el alcance del contrato.

Poder llegar a determinar, *verbi gratia*, si un testamento y su cláusula, o bien, la de una donación alusiva a los hijos, se extenderá también a los nietos; o si se hace una referencia a los primos hermanos, determinar si se involucra también a las primas hermanas; o, *a contrario sensu*, si cláusulas redactadas de manera amplia, debieran o no ser restringidas, como lo sería un ejemplo referente a precisar la extensión de una familia y referida a la familia. En la doctrina clásica de la interpretación de las convenciones, no puede ser sino, una cuestión de especie, que será resuelta al considerar la declaración y las circunstancias exteriores a ella, que como ya sabemos, todos estos elementos, inducen a acceder al contrato, en el sentido de que nos permitan reconocer la intención y la voluntad de los contratantes.

También puede suceder de que a pesar de todos sus esfuerzos y empleadas las reglas intrínsecas y extrínsecas, el Magistrado no pueda dilucidar la voluntad común de los partícipes de la convención, y entonces nos preguntaremos qué puede hacer.

Como sabemos, hay elementos de última instancia y reglas de la exégesis, que podríamos llamar subsidiarias, que el sistema clásico esgrime para solucionar este grave problema.

2.27 ELEMENTOS COADYUVANTES DE LA EXÉGESIS

Encontraremos en los artículos 1134 y 1135 del Código de Napoleón, disposiciones generales relativas al efecto de las obligaciones. El artículo 1134, que consagró el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, señalándonos lo que ya sabemos, y esto es, que las convenciones tienen fuerza de ley para sus autores y que sólo pueden ser revocadas por consentimiento mutuo o por otras causas autorizadas por la ley; también deja establecido que las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe. Lo antes dicho, queda establecido con mayor fuerza en el artículo 1135: “Las convenciones obligan no solamente a lo



que en ellas se expresa, sino que también, a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza”.

Como ya sabemos, el pilar del contrato es la voluntad, es pues preciso tener en consideración también la ley, los usos y la equidad. Nos preguntamos al comenzar este acápite, si estos elementos, ya identificados, tienen alguna función útil en la exégesis.

Dar una respuesta positiva y determinante, es sin lugar a dudas, acertiva, y como todos sabemos, todos los tratadistas, que por cierto son casi innumerables y que ya hemos estudiado, han coincidido en tenerlos en cuenta como elementos, si bien es cierto, no principales, pero si al menos subsidiarios de la exégesis contractual, y ninguno ha osado negar esta respuesta positiva que hemos dado al comenzar este acápite. A pesar de ellos, la teoría clásica nos da una explicación, para de esta manera justificar que el exégeta considere los usos y la equidad. Para ello ha fundado su explicación, que ha consistido en radicar estos elementos en la voluntad de los contratantes.

Finalmente, debemos decir, que el exégeta podría encontrar en los usos y en la equidad, una inspiración, pero tan sólo cuando esté cierto que así lo quisieron las partes. Tanto es así, que si las partes hubiesen manifestado una voluntad contraria al empleo de los usos o de la equidad en la exégesis, el Magistrado no podrá recurrir a los elementos de uso o de equidad en estudio. Ahora se nos presenta la situación contraria, y ésta es, que las partes no se hubiesen pronunciado al respecto. Ante tal situación, el Magistrado deberá constatar si tácitamente existe una voluntad de aceptación de la ley que establece estos principios y así poder recurrir a ellos. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE señalan: “Para que el artículo 1135 sea aplicable, es preciso que la voluntad de las partes no se oponga a ello. En otros términos, este artículo supone que los contratantes se han referido tácitamente a los principios establecidos por la ley, los usos y la equidad”. A este mismo respecto, se han vertido numerosas opiniones y sólo a modo de ejemplo, diremos que LAURENT dice al respecto: “Si las convenciones obligan a las consecuencias que la



equidad y el uso imponen a la obligación según su naturaleza, es porque tal es la voluntad tácita de las partes contratantes”.

Como ya lo advertimos, curiosamente los autores clásicos, prácticamente no comentan ni se refieren al artículo en cuestión, esto es, nos referimos al artículo 1135 ya individualizado, y más aún, muchos de ellos, incluso pasan por alto el artículo en comento, que como ya lo veremos, amén de su interés general, es el pilar de las reglas subsidiarias en la exégesis contractual.

Concluimos pues, que la teoría clásica, sólo se limita a explicar el artículo 1135 por la voluntad tácita de los contratantes, lo que sólo se constituye en tan sólo uno de los innumerables abusos que la doctrina de la autonomía de la voluntad ha generado. Son reacios a analizar convenciones, ya sea desde el punto de vista de la exégesis o desde cualquier otro que se encuentre al margen de la voluntad, la que como sabemos, llega a identificarse absoluta y completamente con el contrato. Por eso, Alfred RIEG, que comenta esto en su obra *“Le rôle de la volonté dans l’acte juridique en droit civil français et allemand”*, obra que realizó en calidad de Tesis, y para ser más específicos, en la página 360 de la misma, encontramos la afirmación del tema que nos ocupa, diciendo que la equidad y los usos, en lugar de explicar la voluntad de los contratantes, son explicados por ella. En el siglo XX, hay autores que afirman que los artículos 1134, inciso tercero y artículo 1135, perfectamente podrían no haber figurado en el Código Civil, ya que las soluciones no habrían variado en nada, según expresan ellos.

Aunque la teoría clásica, da explicaciones poco convincentes para el empleo de la equidad y de los usos, qué duda cabe que estos elementos son a considerar y de vital importancia para la exégesis contractual. Es por esta razón, que la disposición, tantas veces mencionada, prescribe que las convenciones conminan, no sólo a lo que en ellas se expresa, sino que a todas las consecuencias que la ley da a la obligación, a los usos y a la equidad, como elementos de vital importancia.



Ahora, en lo concerniente a las implicancias que la ley otorga a la convención, este mismo artículo, ha querido referirse a los casos en que las partes hubieren ya celebrado una convención, o también hubiesen dejado sin reglamentación algunos aspectos. Las disposiciones supletorias de la ley, ha venido a subsanar el silencio de las partes. Muchas disposiciones del Código Civil son ineficientes, salvo en la medida que los contratantes guarden silencio, con respecto a las materias que reglamenta este último. En el caso del artículo 1582 y a sus reglas no imperativas, como también los artículos que le siguen del Código Civil, en que el legislador hace mención, a cómo funcionan las convenciones de común ocurrencia. Hay que dejar en claro, que estas reglas supletorias de carácter legal, no se constituyen precisamente en regla sobre la exégesis, sino más bien, en casos de interpretación legal contractual, como ya lo hicimos notar anteriormente. Es el caso que el legislador no se contentó en promulgarlas, en sólo dar indicaciones al intérprete, sino que fue mucho más allá, estableciendo soluciones definitivas, en la que el Magistrado, al menos en principio, no puede hacer abstracción bajo ningún respecto.

Todo lo contrario acontece en lo concerniente a las consecuencias contractuales que de los usos o de la equidad derivan, debemos señalar que el artículo en cuestión, sirve de estructura básica o de marco, a algunas reglas de interpretación contractual, que las encontramos en el artículo 1156 y ss., precisamente en la sección que les corresponde en el Código Civil.

2.28 PRIMER ELEMENTO

Como primer elemento dentro de la exégesis, y como ya lo hemos visto y estudiado sucintamente, hacemos mención como elemento a estudiar, a los usos, que en su calidad de subsidiarios, hacen un gran aporte en forma indirecta, a la Legislación Ecuatoriana y Chilena, y sin temor a equivocarme, a toda Latinoamérica. Este elemento, deviene directamente de la doctrina y Legislación Francesa, que en su artículo 1160, el mismo que atiende a lo preceptuado por el artículo 1135, señala:



“Se debe suplir en el contrato las cláusulas que le son usuales, aunque no sean expresadas”. Este precepto, obedece a la quinta regla de POTHIER, que reza: “El uso es de tan grande autoridad para la interpretación de las convenciones, que se subentienden en el contrato las cláusulas que le son usuales, aunque no sean expresadas”, y nos entrega un ejemplo del caso que es “el contrato de arrendamiento de una casa, aunque no se haya exteriorizado que la renta sería pagadera por mitades, en la fiesta de San Juan y en Navidad, esta cláusula está subentendida en él”. De igual forma, si del caso fuese usual otorgar algunos días a los arrendatarios, después de que haya expirado el contrato, debido a que se venció el plazo, para dejarlos trasladarse, esta cláusula, en los contratos de arrendamiento, siempre se tendrá por subentendida, aunque al respecto, no se exprese nada.

Para justificar el empleo de los usos (y de la equidad), hay que observar la explicación dada por la doctrina clásica en la exégesis contractual, que resulta indiscutible y necesariamente una restricción que ésta le hace al artículo 1160 en su alcance. A pesar de la generalidad de los contenidos plasmados en los artículos 1135 y 1160, el sistema subjetivo de exégesis, considera que no todas las cláusulas usuales, o mejor dicho la totalidad de éstas, forman parte de los contratos. Ahora, haciendo frente a la doctrina tradicional, nada conseguimos asegurando que lo que es usual (que, por ende, está generalmente admitido en una colectividad determinada, mostrándonos en cierta forma su conciencia jurídica), nos debe ser útil para determinar el sentido de una convención, en los que los elementos intrínsecos y extrínsecos, son insuficientes para así poder llegar a develar la intención común de las partes; no quiere admitir la doctrina tradicional, el valor jurídico que tienen los usos, y le niega la posibilidad de poder emplearlos en materia de exégesis, a menos que sea bajo la condición de encontrar un referente de dichos usos, que se vean reflejados en la expresa voluntad, o tácita, de los contratantes, para sí no dejar nunca de lado el pilar, que como apoyo, siempre han sustentado.



Tendremos que seguir tratando esta materia de una manera un tanto anti productiva y en condiciones un tanto adversas. Ahora, si consideramos que los usos sólo tendrán importancia cuando el exégeta encuentra en la voluntad de las partes el *animus* de referirse a ellos, entonces, en el proceso interpretativo, prácticamente no tienen cabida. Tendremos que conformarnos con que, al menos, no se les utiliza como medio independiente de interpretación, ya que su aplicación en forma eventual, siempre la podremos analizar en referencia al artículo 1156. Debido a esto, la frase que anteriormente citamos del profesor RIEG, en el sentido de que no cambiaría nada, si se sacasen los artículos 1134, inciso tercero y 1135 del Código Civil, sólo entonces, podría extenderse al también ya citado artículo 1160. En buena cuenta, la doctrina clásica y su genuina interpretación, podría reducirse tan sólo al precepto o articulado 1156, donde también se encontraría la genuina doctrina clásica de interpretación.

DE CALLATAY, en su obra ya citada y específicamente en la página 168, en un segmento de pruebas al canto, señala: “El uso, por bien establecido que esté, por grande que sea su autoridad, no debe, en principio, ser tomado en consideración sino, precisamente, porque las partes que lo han conocido se han referido a él, admitiéndolo tácitamente; porque ha habido sobre este punto, concurso de intenciones y en consecuencia convención”. Han llegado tan lejos por esta vía de destrucción de los usos y de un culto exacerbado de la voluntad, que incluso han llegado a proponer la modificación del artículo 1160, en su texto, y así darle una redacción diferente, quedando de la manera que sigue: “Se debe suplir en los contratos las cláusulas que les son usuales, aunque no se hayan expresado, cuando la común intención de las partes contratantes ha sido de referirse a ellas”.

En un acto casi de rebeldía, el Código Civil relacionó en forma muy débil, los usos a la voluntad de las partes, pero además, como quería realzar el valor que le daba exegéticamente de los usos, vino en consagrar otra regla de hermenéutica, la que en definitiva se plasmó en el



artículo 1159, que dispone: “Lo que es ambiguo se interpreta por lo que es usual en el país donde se concluye el contrato”¹. La regla en estudio, al igual que la precedente, está confeccionada prácticamente a la letra de un texto de POTHIER, que en definitiva se encuentra en la cuarta regla.

El artículo 1159 se distingue del artículo 1160, por un detalle. De acuerdo a esta última disposición, sería menester adherir a la convención las cláusulas admitidas en su generalidad, que pudieran subsistir con respecto a este último. Menor alcance tiene el precepto 1159, pues no considera a los usos como portadores de vocación, para aumentar las obligaciones que tienen las partes, sino que más bien, y únicamente, como medios adecuados para dilucidar, el ya estimado ambiguo texto del contrato. En el supuesto de que una cláusula se presentara dudosa y, ni siquiera la universalidad del contrato, ni como tampoco las circunstancias de la especie permitieran al intérprete fijarle un sentido, sólo entonces, éste puede contener en sí mismo, en los usos del país en el que se está aplicando. El precepto 1160, atribuye a los usos un valor integrativo a los usos; al contrario, el precepto 1159, les otorga un valor estrictamente interpretativo, marcando así una diferencia clara.

Aunque no insisten mayormente en justificar la aplicación de los usos locales para la exégesis de cláusulas dudosas, los autores clásicos encuentran una argumentación basada en la eterna referencia a voluntades tácitas o virtuales de los contratantes, que tampoco está aquí ausente. Esta idea la plasmó GAUGUIER, en una obra que ya citamos precedentemente, pero esta vez, en la página 135.

Se hace una consideración en conjunto de ambos artículos (los del caso en comento), y con respecto a ellos, algo importante tienen que decir los MAZEAUD, y es lo siguiente: “El uso se estima igualmente como una regla supletoria a la cual se considera que las partes se han referido tácitamente; dicen que los artículos 1159 y 1160 del Código Civil, no recurren al uso sino a título subsidiario, cuando la voluntad de las partes

¹ El término “país” se emplea como sinónimo de “lugar”, según la usanza europea.



no es reconocible”. Siendo honestos, debemos señalar a esta altura y de acuerdo a las afirmaciones y pensamientos vertidos por HENRI, JEAN y LEÓN, recientemente evocados, extrayendo desde nuestra memoria, a modo de compendio, su tan famosa obra, obviamente por todos conocida, como lo es “*Leçons de droit civil*”, en su tomo I y II, que debemos confesar, que nos es casi imposible llegar a comprender cómo, si la voluntad de las partes no es reconocible, se puede explicar el empleo de los usos mediante la voluntad de ellas, ya sea en forma expresa, tácita o virtual; ni el más avezado de los juristas, ha podido dar respuesta clara, con toda su entelequia, a esto.

Por otra parte, el primer artículo, en orden cronológico, *a minori ad maius*, en comento, indica con respecto al uso interpretativo, que puede llegar a hacer desaparecer toda ambigüedad, que es aquél del lugar de celebración del contrato. Ya en su tiempo, POTHIER en su cuarta regla, hacía alusión solamente al uso del lugar. Este principio del “*locus regis actum*”, fue introducido por el Código Civil, de la forma “donde se concluye el contrato”, no es feliz, ya que es muy posible y no tan sólo eso, sino que a menudo habitual, que un contrato de una provincia o región, deba ser cumplido en otra y ante tales circunstancias, no tendríamos motivo alguno para dejar de lado los usos del lugar donde se lleva a efecto el acto, a favor de los del lugar donde se celebra el contrato. Estamos todos ciertos, de que hoy por hoy, los usos, generalmente en todas partes, son los mismos; pero, debemos observar sin distracción, que especialmente en las zonas rurales, hay muchos que difieren de un lugar respecto de otro. Imaginemos por un momento, que se trata la litis con respecto al tema en comento o basada en él, si nuestra entelequia y raciocinio están de lado del pensamiento clásico y sus argumentaciones, entonces pareciera ser que consideramos que los contratantes quisieron referirse tácitamente a los usos del lugar en donde se ejecuta la convención, más que a aquéllos del lugar de conclusión de la convención. En todo caso, si nos abstraemos de esta *fictione jure*, la solución que al respecto nos da el código, si es que no es errónea, tendríamos que aceptar ineludiblemente, que admite discusión desde el ángulo que se le mire.



2.29 SEGUNDO ELEMENTO

Para analizar este segundo elemento, que como ya lo hemos dicho, obedece al segundo elemento de carácter subsidiario, y es además, para algunos una solución, recurriremos a la norma entre normas, en materia de reglas subsidiarias de hermenéutica, a pesar de ser tan consabida por todos nosotros y aunque resulte agotadora solo mencionarla, nos referiremos al artículo 1135 del Código Civil Francés, y veamos cómo involucra la equidad en el proceso de hermenéutica legal.

Comenzaremos diciendo, que si el Magistrado no ha tenido éxito en poder develar la intención común de las partes en un contrato, ni al hacer el análisis de los elementos intrínsecos, ni tampoco con los extrínsecos de las declaraciones contractuales, y si a eso agregamos que tampoco ha podido referirse a los usos, este Magistrado no puede hacer una suerte de *sine die*, ya que es el intérprete, que de todas formas debe zanjar la controversia que le ha tocado conocer y tendrá finalmente que resolver el asunto en cuestión, remitiéndose a los principios que le señala la equidad. Por lo que concluimos que sólo en último término, será la equidad, a quien tenga que recurrir el Magistrado, que en este caso, es el intérprete.

Resumiendo, para hacerlo menos engorroso, diremos que RIPERT, también en su obra ya mencionada con anterioridad, se refirió al tema que nos convoca, diciendo que, cuando la ley (o el contrato) nada dice, o es ambigua o ininteligible, o le faltan elementos para su entendimiento, el Magistrado es amo y señor de formular el derecho, y lo expresa así: “El juez, escuchando las diversas voces que van a dictarle la sentencia, es sensible antes que todo a la consideración de la ley moral”. Él está cierto de que su deber es hacer primar la justicia y se siente espiritualmente invadido para aplicar la equidad en el caso *sub lite*.



Hay que realzar los esfuerzos que le demandan a este Magistrado, el quehacer que se le ha encomendado, por cierto no menor, de interpretar un contrato *ad litem*, y es así, que refiriéndonos al juez *a quo*, diremos que todos sus esfuerzos que le demanda la exégesis al encontrarse caminando en un callejón sin salida, encontrará su recompensa, justa debemos decir, en la luz que le entrega la equidad, para poder superar este caminar *tótum revolútum*.

Otro de los insignes autores y por cierto, doctrinario, que personalmente he recibido con mucha fruición, es François GENY, que ciertamente no podía estar ausente, ni en el tema, como tampoco en esta tesis, ya que siempre hay algo que tiene que aportar y decir al respecto. Nos dice que la equidad se presenta como algo superior a toda fórmula escrita o tradicional, como un conjunto de principios inmanentes, en alguna medida constitutivos de la substancia jurídica de la humanidad, según su naturaleza y su fin, principios inmutables en el fondo, pero cuya forma se adapta a la variedad de los tiempos y de los países, como sería obvio de pensar, pero difícil de procesar y decir.

Como todo nuestro ordenamiento jurídico en materia de derecho común, está cimentado sobre los hombros de antiguos e insignes juristas, debemos decir que éstos, y nos referimos específicamente a los del siglo XIX, tenían el recurso a la equidad. Estos juristas tenían reminiscencias de la legislación y del derecho anterior a 1789 y su Revolución, y en especial de las sentencias emanadas de los parlamentos, que conforme a la equidad se habían dictado; (Debemos recordar que en aquel tiempo, se dejó de lado las sentencia de aplicación uniforme de las leyes) condujeron, inmediatamente después de la promulgación del Código de Napoleón, a la convicción, según la cual, todas las reglas y preceptos legales, debían agruparse en una legislación formal. Es por esta razón, de que muchos autores se expresaron contrarios a ocupar la equidad como herramienta de hermenéutica legal. Además, estaban los otros, por cierto también contrarios al empleo de la equidad como herramienta de interpretación, y en estos últimos, su aprensión, se debía a que eran



sabedores que el artículo cuarto del Código Civil, prohíbe a los Magistrados abstenerse de juzgar, y por lo tanto, debieron darle, casi siempre de mala gana, algún lugar a la equidad; pero restringiendo al máximo su cometido. Éstos opinaban, que si el recurso final para esclarecer el alcance de la legislación, era la equidad, esto obedecía únicamente a que sus vestigios se hallaban en el mismo ordenamiento jurídico. Habida consideración, tratan a como dé lugar, subentender la equidad en los mismos textos legales que debían observar como doctrinarios o jurisprudencias, o como sucede muchas veces, como ambos a la vez.

En frente a esta situación ficta, que le es inherente a la escuela de la exégesis, que tenía como objetivo identificar el derecho, incluida la equidad, con la ley positiva, encontramos posturas afines en las raíces y centro de la teoría clásica del contrato, y que incluso van a identificarlo con la voluntad, que es propiedad de éstos. Por lo tanto, en nada nos deben asombrar las condiciones hechas para la utilización de la equidad, como último recurso de exégesis de los contratos; condición que a la sazón exige adhesión al menos tácita de la voluntad de las partes, a las directrices de la equidad, y *sub line*, a las consecuencias a las que se atienen al aceptarla.

Por supuesto que se tuvieron en cuenta las virtudes que regalaba la equidad al momento de redactar el Código Civil, y como se ha sostenido por los eruditos, la regla del artículo 1162, descansa precisamente en ella. Recordemos que esta disposición prescribe lo que sigue: “En la duda, la convención se interpreta contra aquél, que ha contratado la obligación”, esto deviene en la institucionalización de un procedimiento extremo, para así poder fijar el sentido de la convención, a la que debería recurrir el Magistrado, como último recurso, ante la imposibilidad de develar la intención común de las partes en la convención. Es por este motivo, que nosotros pensamos, que tal vez habría sido mejor, enunciar esta regla en último lugar, para acentuar y dejar en claro su posición subsidiaria dentro de la exégesis.



También nos compete, por la influencia innegable que ejerce en nuestra legislación, reparar en el artículo 1162 del Código Francés, diciendo que usa una terminología inadecuada, cuando expresa que la interpretación de la convención es contra del que ha estipulado y a favor del que ha contratado la obligación. Entendiéndose así, de esta manera tan infeliz, diremos que el Magistrado, cuando se le suscite una duda que no pueda resolver, debe salvaguardar al deudor por sobre el acreedor. La pregunta que nos hacemos es, cuáles son las bases y las premisas para poder llegar a esta solución, y mejor aún, cómo explicarla.

Tratando de llegar a una respuesta feliz, cavilaremos y también observaremos, las expresiones de DOMAT, y diremos que en razón de aquél que se obliga, esto es el deudor, entenderemos que se obliga a lo menos. No obstante esta presunción, no se constituye en una *decisoria litis*, ya que se le podría oponer esta otra premisa que terminaría por destruirla, y es que el acreedor se concibe siempre como el que obtiene el máximo provecho posible en el contrato. Pero estos argumentos adolecen de una gran debilidad, por lo tanto, argüiremos con otros de más peso, como los comentarios de POTHIER, que resumiendo su pensamiento, por cierto extenso, en la “*Théorie des obligations*”, dice que si la convención debe interpretarse en contra del acreedor, es porque él dicta la ley de la misma. Éste debiera por lo tanto, explicarse en lo suficiente dentro de la convención.

Los comentarios de POTHIER, como ya lo anticipamos al comenzar este punto, gozan de plena vigencia, como lo demuestra el profesor CARBONNIER al decir: “En las raíces se encuentra así la idea, más precisa, que el acreedor se halla en falta si el contrato no ha sido más claramente redactado, pues él estaba en situación de dictar las condiciones”¹. Si el acreedor es negligente, y no se explica en la forma debida dentro del contrato, y por su culpa resulta éste dudoso, esta duda le será imputable, dejándosele el gravamen de las consecuencias a su

¹ Cfr. GAUDIN de LAGRANGE, L'interprétation des contrats. Juris-Classeur Civil, artículo 1156.



cargo. En otras palabras, lo favorable de la interpretación, se adjudicará el deudor. Nosotros por supuesto, *a fortiori*, y los doctores en derecho, pensamos y creemos que hay imprecisión en estas ideas, ya que no siempre es el acreedor quien dicta las cláusulas de la convención, como es fácil advertir.

Cuando se trata de contratos de libre discusión, es de común ocurrencia, que sea el deudor quien proponga el contrato, incluso es más, es él quien redacta los términos *in fine* de la declaración en el contrato de que se trate. *A contrario sensu*, cuando no son contratos de común ocurrencia para el derecho, sino que más bien tienen un carácter sui generis, como es el caso de los contratos de adhesión, en donde es el oferente quien dicta y redacta el contrato, sin embargo, no podemos colegir de ello, que este debe interpretarse en contra del acreedor; debería, en rigor, interpretarse contra el oferente, quien puede asumir el rol de acreedor, lo que sería una más estricta forma de ver e interpretar este tipo de convenciones.

Seguidamente, preferimos como argumentación, también al igual que el anterior de más peso y que tiene también, al igual que el anterior, directa relación con las bases de nuestro ordenamiento jurídico, en lo que respecta al derecho civil, la regla del artículo 1162, que como resultado del artículo 1315, inciso primero, del Código Civil Francés, ordena interpretar contra el acreedor. Éste señala: “Aquel que reclama el cumplimiento de una obligación debe probarla”, dejando establecida así, la máxima que reza, *actori incumbit onus probandi*. Como la máxima recién señalada lo dice, las pruebas de las obligaciones son de cargo del demandante y si éste no lo hace, la duda aprovechará al demandado, como era de esperarse. Como ya lo habrán advertido los jurista y obviamente los procesalistas, en la litis, el que demanda, es precisamente el acreedor y lógicamente, por lo ya dicho, el demandado será el deudor, esto por supuesto, como ya lo advirtieron los juristas, es sin perjuicio que en una misma parte, concurren o sean al mismo tiempo, acreedora y



deudora, como ocurre en los contratos sinalagmáticos, que aunque parezca extraño, también se les aplica la regla del artículo 1162.

Concluiremos que las obligaciones creadas por el contrato, a quien reclame su cumplimiento, es decir, el demandante acreedor tendrá, y en él recaerá, el peso de la prueba, respecto al contenido del contrato, cláusulas y otros, y como consecuencia lógica, la obligación que permanezca dudosa, en cuanto a su extensión, se interpretará contra el acreedor, de la forma que sea menos onerosa para el deudor, como era de esperarse.

Por cierto que esta situación ventajosa para el deudor, no es prerrogativa única que se adjudique al artículo 1162, ya que igual postura sostienen otros articulados del Código Napoleónico, *verbi gratia*, en el artículo 1187, donde se presume establecido, que el plazo es a favor del deudor; el artículo 1190, dice que la elección en las obligaciones alternativas, en principio corresponden al deudor. Estamos contestes, por la importancia de esta postura, incluso más allá de los contratos, con BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, en el sentido de que debe haber una protección legal del deudor, toda vez que siempre tendrá una posición más débil, respecto al acreedor (de esta disposición de larga data, se toman los principios proteccionistas en el ámbito del derecho laboral), lo que viene a confirmar las observaciones hechas por un gran número de juristas y doctrinarios, como también profesores de derecho, en el sentido de que el artículo 1162, se hiciera fundado por razones que nos informa la equidad, es por ello, que estamos reiterando lo dicho anteriormente, contestes con esta postura.

Sin embargo, todas éstas, que a vista de un lego, nos referimos a las presuntas garantías que se le conceden al deudor en materia de exégesis de cláusulas dudosas, encuentran un revés en el contrato de venta; y esto queda claramente establecido, al observar el artículo 1602 en los contratos de venta, que para mayor entendimiento y a pesar de ser consabido, les indico: “El vendedor debe explicar claramente aquello a lo que él se obliga. Todo pacto obscuro o ambiguo se interpreta contra el



vendedor”. Como el sentido de este articulado puede llevarlos a confusión, ampliaré escuetamente la explicación, diciendo que el artículo 1602, viene a modificar la regla general del artículo 1162, ya que ordena hacer una exégesis de las cláusulas dudosas, siempre en contra del vendedor, y he aquí la confusión, y ésta se esclarece diciendo y explicando, que para que esta última postura tenga asidero, hay que evitar, o mejor dicho, no cabe distinguir en las ocasiones en que figura como acreedor y aquellos en que lo hace como deudor. Esta postura tan severa respecto del vendedor, se justifica diciendo, que quién mejor va a conocer la cosa vendida que él, y por demás se justifica diciendo que este vendedor es más poderoso que el comprador, y por lo tanto, como ya se podrán haber dado cuenta, impone la ley del contrato.

Esta idea, es la que expresa la Tesis de GAUGUIER, *De l'interprétation des actes juridiques*, una obra maestra muy bien fundamentada y que este postulante comparte en todo lo que se encuentra circunscrito a la idea en cuestión.

A pesar de lo dicho anteriormente, y siendo leal con la tesis en desarrollo, debo decir, que esta explicaciones no satisfacen, pues en extremo simplifican la real complejidad de la venta. Es sólo una desiderata de este postulante, ya que nos percataremos que no siempre el vendedor es la parte más poderosa del contrato; el comprador, en algunas ocasiones, especula (generalmente lo hace) en detrimento, en personas que por necesidad se encuentran en la situación de vender rápidamente y por ende, a bajo precio, para obtener liquidez con qué hacer frente a sus compromisos financieros.

Desde otro punto de vista, si las disposiciones francesas, respecto de la lesión enorme, únicamente protegen, no al comprador, sino al vendedor, resulta antagónico afirmar, que éste es quien dicta la ley del contrato, porque así entendido, resultaría doblemente protegido.



Debemos explicar también, para un mayor entendimiento, que el artículo 1602 y su aporte que hace al artículo 1162, no tiene una explicación aparente. Es por esta razón, que la doctrina en su mayoría, es proclive a restringir su alcance, y siendo que la exégesis que se hace en contra del vendedor, sólo tendría aplicación a las cláusulas relativas a la descripción de la cosa vendida, como también a las cláusulas que restringen al vendedor en sus obligaciones legales. Lo que sí hay que resaltar con mucha fuerza, es que en relación con las otras cláusulas de los contratos de venta y su interpretación, permanecería en vigor la regla del artículo 1162, afortunadamente.

2.30 DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO Y ECUATORIANO QUE AUXILIAN AL EXÉGETA FRANCÉS

Los preceptos ya estudiados y que han sido objeto de examen, no son los únicos a los que puede recurrir el exégeta. Hemos dirigido nuestro análisis, a las reglas del Código Civil Francés, en sus artículos 1156 y siguientes, esto es, los que el legislador determinó convenientemente consagrar formalmente. Sin embargo, existen otras reglas, que calificaremos como reglas no legales de exégesis de los contratos y que pueden auxiliar al exégeta para fijar el sentido de las convenciones discutidas.

Como veremos, varias disposiciones del Código Civil Chileno y Ecuatoriano que analizaremos posteriormente, que son disposiciones, que a pesar de que no son aludidas en el Código de Napoleón, pueden ser de gran utilidad para el intérprete francés, en la medida que se adapta para establecer y develar la común intención de las partes. Este mismo efecto lo produce también, algunas disposiciones que POTHIER formuló y que no fueron sancionadas por la legislación positiva francesa (también constituyen reglas no legales). De esta forma, al referirnos a su novena regla, que señala: “Cuando el objeto de la convención es una universalidad, aún aquellas de las cuales, las partes no tenían conocimiento”. Debemos destacar que sólo cuando haya señales inequívocas, que permitan asegurar que las partes sólo querían tratar de



cosas contenidas en la universalidad y que eran conocidas de éstas, como acontecería si las negociaciones previas al contrato hubieran sido efectuadas en base a un inventario. De la misma manera, la última regla de POTHIER, casi a modo de ejemplo, nos señala: “Lo que figura al final de una frase, se refiere ordinariamente a toda la frase y no sólo a lo que precede inmediatamente a condición, sin embargo, que dicho final de frase concuerde en género y en número con toda la frase”¹.

A vista del sistema subjetivo de exégesis, es común que el juez pueda utilizar reglas no legales. El fin perseguido, la voluntad psicológica de las partes, explica la observancia de los principios o directivas existentes, que se bastan a sí mismas, para constituirse y servir de base a las disquisiciones del exégeta.

A continuación, haremos una breve introducción a las normas de interpretación de los contratos del Código Civil Ecuatoriano y Chileno. Es así, como en el Código Civil Ecuatoriano, las reglas sobre interpretación de los contratos, se tratan en el Libro IV, Título XIII, desde los artículos 1603 a 1609 (7 artículos); y en el Código Civil Chileno, también estas reglas de interpretación, se tratan en el Libro IV, título XIII, desde los artículos 1560 a 1566 (7 artículos). Como vemos, son efectivamente idénticos.

Siendo así, de ahora en más, me remitiré indistintamente al articulado del Código Civil Chileno y al del Código Civil Ecuatoriano, al hacer todos los análisis que a continuación empezaremos a ver, bajo distintos títulos, ya que en nada dificultará a los lectores de esta tesis, habiéndose dado ya la explicación correspondiente, su lectura.

¹ V.p. ej. **ARMINION, NOLDE Y WOLFF**, Traité de droit comparé, T. 1. París, 1950, p. 163 y ss., donde señala: “El Código Civil de Chile, de 1855, es original. Él es el resultado de una obra de largo aliento... Su técnica es perfecta: es claro, lógico y coherente en todas sus disposiciones. Andrés Bello puede ser considerado a justo título como uno de los grandes legisladores de la humanidad”.



2.31 SISTEMA CLÁSICO

PARTICULARIDADES DE NUESTROS SISTEMAS (ECUATORIANO Y CHILENO)

En lo que al Derecho Civil Chileno se refiere, debemos decir que nuestra historia legislativa, se remonta al año 1810, año en que se dio lugar a la Independencia de este hermano país Latinoamericano, y particularmente en el año 1855, fecha en que se promulgó el Código Civil, obra del jurisconsulto Andrés Bello, que ha sido objeto de innumerables loas en el extranjero.

Como brillante y agudo espectador y testigo de esa época, no pudo substraerse a las corrientes individualistas y liberales, que prevalecían sin contrapeso y que encuentran su mejor expresión en la autonomía de la voluntad, como principio jurídico. Subrayamos el hecho de que, si bien con el transcurso del tiempo, varias leyes han modificado algunas Instituciones del Derecho Civil Chileno, sobre todo en el ordenamiento jurídico de la familia y en materia de sucesiones, en lo que respecta a las obligaciones, ha permanecido prácticamente en su forma original, sin ninguna modificación importante, como lo podemos advertir al comparar el Código Civil Ecuatoriano, con el Código Civil Chileno.

En materia de los contratos y su interpretación, debemos decir que el Título XIII del Libro IV del Código Civil, le consagra los artículos 1560 a 1566, inclusive. El primero de éstos, dispone: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Esta disposición, como su homóloga, o sea la del artículo 1156 francés, es el pilar en que se apoya todo el sistema subjetivo de exégesis. Demás está decir que su cercanía, o mejor dicho, su vinculación al principio de la autonomía de la voluntad, es obvia. De acuerdo a ésta, la ley no puede imponer a los contratantes, efectos jurídicos distintos de aquellos que estas partes han tenido la intención de crear al momento de contratar. Fuente y medida de los derechos, es la



voluntad de éstos, y el exégeta deberá, en primer lugar, referirse a ella para enterarse del alcance del acto y sus efectos jurídicos.

El artículo 1560, en cuanto a su alcance, no difiere del artículo 1156 (francés). El exégeta deberá acometer una verdadera indagatoria psicológica, ya que su propósito no es, sino lograr dejar establecida la intención de las partes al contratar. Debe éste, hacer hasta lo imposible para poder penetrar las conciencias de los contratantes. Se reduce a determinar la intención de las partes, la exégesis desde el punto de vista de la doctrina voluntarista; lo que no deja de ser sólo una cuestión de hecho, donde advertimos que el trabajo del exégeta, no es el del jurista que aplica la regla, sino más bien, la de un psicólogo que percibe de acuerdo a cómo lo haría en su profesión, la intención de la persona que participa en la convención. Esta operación de carácter inductivo, que lo único que pretende es obtener un preciso conocimiento de la intención, verdades que hay en la mente de las partes contratantes.

Sin embargo, hay un detalle que permite distanciar al menos en teoría, el sistema ecuatoriano-chileno del francés. Y es así, porque el artículo 1560, establece que el intérprete, no puede pasar por encima de las palabras, sino cuando llega a conocer claramente la intención de los contratantes. Empero, en el Ecuador-Chile, para que esta intención sea preferida a la declaración, se debe estar seguro de ésta; y no existe, por ende, solución, como ocurre en el régimen francés, para establecer voluntades virtuales, que por cierto, son en sí mismas peligrosas. Por consiguiente, el exégeta no cavila sobre una pregunta crucial que debiera hacerse, y ésta es de cómo se habrían pronunciado los contratantes, si hubiesen reparado en el asunto de que versa la discusión. En el sistema ecuatoriano-chileno, no hay cabida para interpretaciones adivinatorias, y como si fuese poco, hechas en condicional. Cuando el artículo 1560 (chileno), emplea las expresiones “claramente conocida”, ha querido manifestar que la intención debe gozar de un status de evidencia; por lo tanto, no solamente será necesario probarla, sino que además, el probatorio deberá entregar al juez, una inequívoca convicción.



Siempre se debe buscar la intención común de los contratantes según el sistema clásico francés; en cambio en el Ecuador-Chile, solamente cuando ella se presente como cognoscible; *a contrario sensu*, si ésta no es cognoscible, es decir la intención, el Magistrado deberá considerar la declaración de la o las partes en la litis.

En este punto, al observar la distancia que media entre el sistema francés y el sistema ecuatoriano-chileno, se hacen presentes problemas que ofrece la diferenciación solamente especulativa. Puede decirse que los jueces ecuatorianos-chilenos, deben atenerse a los que prescribe la declaración, si no llega a develar con claridad, una intención evidente que se oponga a esa, sencillamente se estaría mistificando. Y esto es así, ya que en la hipótesis antes señalada, la declaración sólo podrá tener dos posibilidades, o será dudosa o insuficiente, y por lo tanto, inadecuada para zanjar el pleito por medio de su consideración en forma exclusiva.

Ahora nos vemos envueltos en un doble problema, que se constituye en uno solo, y es que si ni la intención de las partes, que no se conoce claramente, (no la declaración), que es obscura o insuficiente, puedan resolver el problema, se deberá recurrir a voluntades puramente virtuales, que es la solución que el sistema subjetivo da para estos casos. Esta es la razón del porqué los autores clásicos franceses defienden sus razonamientos a ultranza, y no dudan en pedir a los Magistrados, cuando la voluntad subjetiva fracasa, que se aplique la voluntad probable de las partes (virtual).

Nada parecido podemos encontrar en Ecuador-Chile; al parecer, es menos acentuado tal vez, el gusto por la ficción, aunque en la práctica, compelidos por la fuerza, el proceso interpretativo ecuatoriano-chileno, se ve obligado a recurrir, al igual que en Francia, a los mismos expedientes.

Por lo tanto, diremos que en ambas realidades de los países en cuestión, siempre que el sistema clásico subjetivo esté en vigor, no será diferente. Tanto en un caso como en el otro, cuando el exégeta no logra develar la real voluntad psicológica de las partes, se ve obligado a inducir



de las circunstancias de cada especie, de los elementos intrínsecos y extrínsecos a la declaración, su voluntad virtual y a resolver la contienda conforme a lo que ella le informe.

2.32 LA EXÉGESIS EN CONDICIONES CASI PERFECTAS

Como ya hemos visto, y en especial con respecto a Francia, latamente ya hemos examinado el asunto que concierne a la posibilidad de hacer exégesis sobre un texto preciso y claro. A nuestro entender y a saber, nuestra opinión se inclina en permitir la exégesis de cualquier convención, ya que así entendido, el que una declaración sea obscura, no es condición para que la exégesis se dé a lugar. Lo que ahora nos importa es estudiar, aunque sea en forma sumaria, cómo se aborda este problema en el derecho ecuatoriano-chileno. En Ecuador-Chile, de la misma forma que en otras latitudes, en que la discusión ha tenido lugar, debemos decir, que las opiniones de los tratadistas no están contestes, ya que son contradictorias, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Sin siquiera detenernos a pensar de lo mucho que se ha escrito sobre este tema, debemos hacer hincapié en lo más representativo que se ha escrito sobre esto.

En su diccionario de legislación y jurisprudencia chilenas, RISOPATRÓN señala: “Interpretar es la determinación del sentido que debe darse a una frase o sentencia que parece obscura”.

El diccionario de ESCRICHE, en el mismo sentido señala: “Interpretar un contrato, significa explicar o declarar el sentido del contrato que aparece obscuro o dudoso”. Es decir, que por el contrario, las convenciones claras no podrían ser objeto de exégesis; sólo podría hacerse tal cual aparece externamente. Esta misma postura tiene el tratadista chileno CARLOS ROJAS, que nos manifiesta en su libro “Estudio crítico de la jurisprudencia del artículo 1560 del Código Civil, p. 68, quien dice que es incuestionable que la interpretación sólo puede tener lugar, cuando el sentido de una cláusula o del contrato en general, adolecen de obscuridad o imprecisión”. Hay que destacar, que al menos



algunos fallos de la Corte Suprema, han consagrado esta doctrina. “La interpretación del contrato tiende a determinar la explicación o el sentido que debe atribuirse a las declaraciones o términos empleados en alguna convención, susceptibles de ambigüedad o de falta de precisión...”¹. “Cuando el contrato está concebido en términos claros y precisos... son inaplicables las reglas de interpretación del Título XIII, del Libro IV del Código Civil, que tienden a resolver las dudas que pueden nacer de pasajes oscuros o de inteligencia ambigua”².

Ahora nos vamos a observar a los antípodas de las posturas *ut supra*, que consideran que todas las convenciones, claras y oscuras podrían, llegado el caso, ser interpretadas. Una vez sostenida por Luis CLARO SOLAR, uno de los más conspicuos tratadistas y jurisconsultos chilenos, ésta postura se ha impuesto hasta hoy en día, tanto en la teoría como en el foro. Hay que decir que no se debe recurrir a la doctrina, que diferencia cláusulas claras u oscuras en los contratos. Ambas, siempre darán lugar a la interpretación o apreciadas en su verdadero sentido, para así fijar la intención de los contratantes, ya que para lo que a algunos resulta claro, para otros puede ser dudoso. En esta misma postura encontraremos a BRAIN RIOJA, que opina que, lo primero que hace el intérprete, no es precisamente determinar, si los términos en cuestión son claros u oscuros, para sí inferir la necesidad de interpretar o no; al contrario, el exégeta debe proceder prontamente a develar la intención de las partes en el contrato. De la misma forma, la Corte Suprema, en un fallo de 8 de Agosto de 1956, expresa y ordena: “Según el artículo 1560 del Código Civil, que establece la regla fundamental sobre la interpretación de los contratos, el contrato es lo que expresa la

¹ **CORTE SUPREMA**, Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. T. IV, Código Civil, p. 246.

² **Luis CLARO SOLAR**, Nota 12 nov. 1926 en Revista de derecho y jurisprudencia, T. 24. Sec. 1, p. 303; en idéntico sentido en Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, Obligaciones, T. XI, pp. 481 y 485.



declaración, salvo si se llega a comprobar que los contratantes querían estipular una cosa determinada diferente”¹.

Podríamos argumentar a favor de esta última doctrina con el artículo 19, inciso primero del Código Civil (18, 1ª del Código Civil Ecuatoriano), ya que al iniciar el párrafo que hace referencia a la interpretación de la ley, señala: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”. Si los redactores del Código Civil, después de haber prohibido la interpretación no literal de las leyes claras, no reprodujeron esta norma en el párrafo dedicado a la interpretación de las convenciones, es precisamente porque a los contratos claros, no se les aplica el mismo criterio que a las leyes claras, haciendo alusión a los contratos, sólo cuando se advierta una voluntad clara, se permitirá prescindir de la exégesis. Pero alerta, que bajo el tenor literal en apariencia clara y también precisa, puede esconderse una voluntad muy distinta, por lo que *a priori*, no debe abortarse el proceso de exégesis. En esto mismo ha reparado con gran acierto la Corte de Apelaciones de Santiago, que en un fallo ha señalado, que en materia de contratos, ocurre algo muy diferente a lo que sucede con la interpretación de la ley. Dice que hay una norma basal, que el legislador señala al exégeta, consistente en indagar antes que todo, la intención que tuvieron los contratantes, incluso por sobre el tenor literal y las palabras en el contrato.

A continuación, observaremos y estudiaremos las reglas que formula el Código Civil de Ecuador-Chile, para la interpretación de los contratos.

¹ El artículo 19 del Código Civil Chileno es el equivalente del artículo 5 del título V, del libro preliminar del proyecto del Código Civil francés, que decía; “ Quand una loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre, sous prétexte d’en pénétrer l’esprit”. Cfr. **GENY**, Op.cit., T. 1, N°14, p.30.



2.33 HERMENÉUTICA Y REGLAMENTACIÓN

HERMENÉUTICA CHILENA-ECUATORIANA EN SU RELACIÓN CON FRANCIA.

REGLAS

Ecuador y Chile no han sido los únicos países que han basado su legislación civil, de acuerdo a las más importantes reglas de exégesis que estatuye el derecho civil francés. También lo han hecho países europeos y también países sin tradición jurídica, o si la tienen, es imperceptible o muy reciente. Es así como el nuevo **Código Civil Italiano**, consagra en casi todos sus preceptos, disposiciones sobre la exégesis contractual del Derecho Romano y sus antiguas reglas tomadas por POTHIER y también DOMAT del Código de Napoleón. Es un síntoma a lo largo de los siglos, que las reglas de interpretación subjetivas, no hayan sufrido prácticamente ninguna alteración. Para ilustrar esta situación, examinaremos posteriormente y algunas a continuación, de las reglas ecuatorianas-chilenas (1855 en lo que a Chile respecta), en relación a las reglas francesas (1804) y también las italianas (1942).

Los primeros de ellos, hacen mención al precepto 1603 (1560), que establecen: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Esta disposición no es distinta a las del artículo 1156 francés, como tampoco a las del Código Civil Italiano, en su artículo **1362**¹. Hay que hacer hincapié, que al menos en teoría, la disposición ecuatoriana no dista mucho de la francesa, ya que ambas conducen a parecidos resultados.

El artículo 1603, más que una exégesis reglamentada, ayuda en su calidad de principio rector, a todas las demás reglas posteriores que tratan sobre la materia de que versa el artículo ya señalado. Es más que una simple regla de interpretación, pues, por sí solo, es el que plasma el sistema subjetivo tradicional de exégesis contractual en el Ecuador y

¹ **1362:** “ Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso qui risulta dal complesso dell’atto.



como sabemos, lo que lo caracteriza es la voluntad interna y su psicología, como elemento base a buscar. Diremos también que cada vez que los tribunales dictan o fallan en alguna litis sobre la materia, cada uno de estos fallos, se remiten al artículo 1603. Los fallos que motivan este artículo son numerosos, y por ende, su repertorio de jurisprudencia y legislación, es riquísimo al respecto.

2.34 *ELEMENTOS INTRÍNSECOS Y EXÉGESIS*

Los elementos intrínsecos del contrato y la exégesis reglamentaria que dicen relación con éstos, los encontramos en los preceptos legales 1607, inciso primero, 1605 y 1606, inciso primero.

En primer lugar, diremos que el 1607, inciso primero, señala: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”. Algo parecido encontramos en el 1161 francés, como también sucede con el 1363 del Código Civil Italiano. Si aplicamos esta regla de cláusulas en armonía, diremos por ejemplo, que en un contrato de mandato, se autoriza al mandatario para que cobre lo adeudado hasta hacerse pago, y se agrega (obscureciendo la situación), que aquel pedirá que lo percibido se gire a favor de otra persona, por lo tanto, el mandatario no estará facultado para percibir. Ésta será la conclusión al relacionar las dos cláusulas.

En el caso del artículo 1605, que es similar al artículo 1157 francés y 1367 italiano, señala: “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”¹.

La utilidad de las cláusulas y la regla que se remite a ellas, puede graficarse con el siguiente ejemplo: Si en un contrato de arrendamiento se estipula que el arrendatario deberá reparar a su costa, todos los daños

¹ **Artículo 1367 del Código Civil Italiano:** “Nel dubbio; il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui no ne avrebbero alcuno”.



estructurales que pueda sufrir la propiedad arrendada, destinada al uso y habitación durante el tiempo que dure el contrato de arrendamiento, debe entenderse que debe reparar los daños que afectan al dueño y no los que de todos modos afectan al arrendatario. Hacer una exégesis en sentido contrario de la respectiva cláusula, haría concluir que ésta no produjese ningún efecto, ya que no se podría entender que el arrendador en su fuero íntimo, pretendiera imponer obligaciones, que en caso alguno, pudieran interesarle.

Esto es en parte, la mixtura que se produce entre el artículo 1157 francés, 1367 italiano y 1369 italiano, en relación con el 1605 ecuatoriano y 1606 del mismo cuerpo legal.

El ejemplo dado por este postulante, hace alusión al segundo contexto, entendido en sí mismo y derivado del 1367 ya aludido, y que en definitiva se plasma, en cuanto a sus efectos, en el 1369, sin por ello dejar de lado el principio rector, que como ya lo hemos dicho, se genera del artículo 1156 del Código Civil Francés. Siendo así, citamos el artículo 1369 para su mejor inteligibilidad en el ejemplo dado¹.

Haciendo mención a lo preceptuado por el artículo 1606, inciso primero y su regla, veremos que esta prescribe lo que sigue: “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”.

El precepto francés ya mencionado *ut supra*, más el precepto del articulado italiano y específicamente en su artículo 1369 del cuerpo legal ya citado, y el artículo 1158 francés, en relación con este último, tienen y gozan en su ubicuidad y razón, de la misma perspectiva².

¹ **Artículo 1369 del Código Civil Italiano.** : “Le espressioni che possono avere piú sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso piú conveniente alla natura e all’oggetto del contratto”.

² **Luis CLARO SOLAR**, tomado de los apuntes de su cátedra en que basó gran parte de su obra, propiedad del Estudio Jurídico Figueroa & Asociados.



Se trata en la especie de un contrato, en el que la cláusula da pábulo para que sea inteligible, pero esta inteligibilidad, por lo mismo nos lleva a la certeza objetiva e incuestionable, que sus términos pueden tomarse de dos o más sentidos, y por lo tanto, doquier, se puede colegir algún efecto a producir, y por ende, convergerá en la máxima expresión y regla del artículo 1606 del Código Civil Ecuatoriano. Entendido de esta manera, se produciría una suerte de efecto contrario, teniendo en cuenta, eso sí, que el arrendador a dado garantía por el contrato en cuestión. Este efecto contrario, que sería el antónimo del caso mencionado, sería el que se refiere en el artículo 2361 del Código Civil Ecuatoriano. Esto es, si el arrendador entrega al arrendatario, y así queda estipulado en el contrato *in fine*, de que le abonará a este último los árboles frutales que plantará en la propiedad arrendada, no se entenderá sin embargo, que en este abono estén comprendidas las plantas de vides o destinadas para la viña, ya que éstas, no tienen cabida dentro de la acepción que se tiene de árboles, conforme lo señala el diccionario de la lengua RAE y como tampoco en los usos ni costumbres de los hombres del agro, que tienen por común ocurrencia y costumbre, hacer el distingo entre árboles frutales y plantas de vid o viña, que posteriormente, como sabemos, serán usadas para la confección del vino.

El ejemplo dado por este postulante, confluye irremediablemente en el artículo 1364 del Código Civil Italiano¹.

2.35 ELEMENTOS EXTRÍNSECOS Y EXÉGESIS

Vale decir, que en lo que al sistema ecuatoriano-chileno se refiere, han dado suma importancia a la exégesis en función a los elementos extrínsecos del tenor literal del contrato. El derecho civil y en especial el Código de la misma materia, entendiendo que el exégeta debe otorgar especial valor a las circunstancias de la especie, que delinean el contrato, aunque no se hallen en la declaración misma, acuñó dos reglas en el

¹ **Artículo 1364 del Código Civil Italiano** : “Per quanto generali siano le espressioni usate nel contratto, questo non comprende che gli oggetti sui quali le parti si sono proposte di contrattare”.



artículo 1564, inciso dos y tres, que no aparecen en el Código Civil Francés, y que examinaremos a continuación. Plasmó también las reglas de los artículos 1163 y 1164 del Código Civil Francés, en sus artículos 1604 y 1608.

Artículo 1604: “Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”. Hay que decir que en el código Civil Italiano, el artículo 1364 es muy parecido (artículo citado *ut supra*). Esta regla, es aquella denominada de la aplicación restringida del texto del contrato. Y en lo que concierne al artículo 1608 que reza: “Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda”. A esto responderemos diciendo que existe también en el Código Civil Italiano, un artículo que nos es diferente, y éste es el artículo 1365. Este constituye una regla de exégesis que repugna el argumento llamado a contrario, que le es útil como fundamento a la máxima que señala: “*Qui dicit de uno negat de altero, inclusio unius est exclusio alterius...*”. Esto es inaceptable por ordinariamente inexacto y peligroso, y no puede o no debería admitirse como argumento¹.

2.36 ELEMENTOS COADYUVANTES

Cuando los elementos ya estudiados, esto es, intrínsecos ni extrínsecos, permiten develar la intención común de los contratantes, sólo entonces se aplican las reglas subsidiarias de interpretación. Cuando se suscita este tipo de problemas, hemos observado que el derecho francés, recurre en su artículo 1135 a los usos y a la equidad, como elementos de la exégesis y como elemento subsidiario. En Ecuador en cambio, lo hace el artículo 1589, el mismo que se limita y se refiere a la costumbre, sin hacer alusión a la equidad, lo que denota una falta de seguridad, aún

¹ No hay una regla similar en el Código Civil Italiano. Sin embargo, ella puede deducirse del artículo 1374, que equivale al 1135 francés. 1374: “Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o in mancanza, secondo gli usi e la equità”.



mayor que la francesa, cuando de equidad se trata. Esta aprehensión a la equidad, es un resultado de una exageración de postulados exegéticos, de acuerdo a los cuales, ninguna herramienta del derecho se encontrará jamás fuera del marco legal, y menos estatuir una situación similar.

Esta alusión que hacemos a la costumbre en el artículo 1589, obedece a una regla interpretativa que la desarrolla y que se encuentra en el artículo 1606, inciso segundo, que reza: “Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”. Esto, que no tan sólo nos trae reminiscencias, sino que nos recuerda la normativa francesa, y en especial dentro de ésta, el artículo 1160¹. Lo que persigue esta disposición, no es más ni menos, que el incorporar a la convención estas cláusulas usuales, que permanecen mudas en el tenor literal de la convención. Sin perjuicio de que el texto legal es preciso, en praxis, se le ha dado un significado muy restringido y acotado. Tanto es así, que cuando se lo explica, se lo hace de forma que tan sólo quede estampado en las cláusulas usuales, las cláusulas llamadas “de la naturaleza del contrato”, esto es, las cláusulas legales que se entienden incorporadas al contrato sin necesidad de una manifestación expresa de voluntad en tal sentido. Esto se debe y desemboca como resultado, gracias a que existen preceptos legales supletorios en la legislación común; como consecuencia del principio que establece que la ley tiene capacidad para agregar, según su consideración, algo al texto del contrato y no las genuinas consecuencias, de acuerdo a como lo sugiere el propio artículo 1606, inciso segundo, donde serían los usos de la costumbre (independientemente de la ley), los que debieran sumarse al tenor literal del contrato que celebran las partes y que estampan en el mismo.

Esto, que se constituye en un verdadero cercenamiento de todo lo inherente a la costumbre, en el ámbito exegético, se ha desarrollado y producido desgraciadamente, debido a que en el ordenamiento civil ecuatoriano, los usos no tienen ninguna injerencia, salvo cuando la ley

¹ El valor de las costumbres mercantiles, para suplir el silencio de la ley, encuentra su lugar y consagración en el artículo quinto del Código de Comercio Chileno.



ordena tenerlos en cuenta en forma expresa. Así, el segundo artículo del Código Civil Ecuatoriano, nos señala y prescribe que: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”. Tenemos que decir sobre esta disposición, que es lamentable y poco feliz, ya que no permite a la vida del derecho, aquello que se admite generalmente en una determinada comunidad y que teniendo realce y significación jurídica, bien pudo el legislador haberla preferido. Debemos agregar además, que esta buena idea de plasmar en la ley los usos del pueblo, ante el silencio del contrato o de la misma ley, no da indicios, al menos efectivos y reales, como se quisiera aún, para encontrar un lugar y abrirse paso en la legislación ecuatoriana, ya que los doctrinarios, profesores y juristas, como doctores del derecho, a pesar de exhibir, en sus escritos y las aulas, algunas disposiciones, los unos, e interpretación y enseñanza, los otros, siguen creyendo que no hay derecho más allá de la ley, a pesar de integrarlo “en ocasiones”, como elemento subsidiario. Esta infeliz y desafortunada tradición histórica, como el culto exagerado a la ley, tan arraigado en nuestras legislaturas latinoamericanas, no está próximo a desaparecer, ni a incrementar lo ya expuesto. Debemos prevenir que esto sirva para entender la escasa importancia que se da a los usos en materia de exégesis; y en realidad nos dice, que el exégeta, los considera solamente cuando los contratantes, formalmente se han referido a ellos en el tenor literal del contrato.

El derecho ecuatoriano, o mejor dicho, su ley, al igual que en Chile, no hace realmente una disquisición, como tampoco una diferencia entre uso y costumbre, claramente establecida, ya que dichos términos, frecuentemente son indistintamente empleados. A pesar de ello, una facción de la doctrina, se ha preocupado en distinguir entre uso y costumbre. Se expresan diciendo, que los usos no son sino prácticas o conductas que, por conveniencia, oportunidad y algún otro motivo, siguen, en determinadas relaciones jurídicas, algunas personas de un círculo o núcleo social determinado; estos usos, así entendidos, no gozan del carácter general de la costumbre, como tampoco llenan el requisito de la



opinio necessitatis, que le es propia a la costumbre¹. Hacemos presente que, al hacer un análisis de este modo de los usos, ya no como expresión de la colectividad en su conciencia jurídica, sino más bien como una simple práctica de los contratantes o de un reducido grupo de sujetos (esto le es indiferente al hombre medio, que no se siente en absoluto identificado, ni interesado); los usos cumplen un papel en la exégesis de las convenciones, no como una relación de causa a efecto de la costumbre, sino que más bien y sencillamente, en mérito de su ubicuidad en el centro de los elementos extrínsecos a la declaración estampada por las partes, como circunstancia de la especie concreta y que nos indica lo señalado, al compararla con lo preceptuado en el artículo 1159 del Código Civil Francés².

2.37 LA HERMENÉUTICA DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Y SU REGLAMENTACIÓN NO HABIDA EN EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN.

PRECEPTO 1564, INCISO 2° Y OTROS

Debemos expresar, que muchos nos honra el poder decir y afirmar, que el Código Civil Ecuatoriano, exhibe tres ventajas al menos, que no se encuentran en el derecho civil francés, en lo que a interpretación de los contratos se refiere. Estas consisten en tres reglas de hermenéutica, que ni siquiera se advierten en POTHIER, ni en ninguno de sus contemporáneos. Se debe agregar también, con mucha honestidad, que al igual que el Código Civil Ecuatoriano, el derecho civil chileno, tiene

¹ La doctrina francesa no es uniforme en lo que concierne a una eventual diferenciación de los usos de la costumbre. **GENY**, Op. cit., T. 1, N° 130 y ss., sostiene que los usos quedan excluidos del ámbito de la costumbre, particularmente por faltarles el elemento psicológico de la costumbre: la *opinio juris*. Los usos contractuales sólo serían aplicables en la medida en que pudiera estimarse que las partes quisieron libremente referirse a ellos. Esta referencia, aún virtual, de la voluntad de las partes a los usos, excluye la idea de una sanción jurídica que necesariamente debería producirse; por lo tanto, la *opinio necessitatis* estaría ausente. Por el contrario, el profesor **MARTY**, *La distinction du fait et du droit*, Tesis, Toulouse, 1929, pp. 156 y 157, estima que no hay ninguna diferencia entre los usos convencionales y las reglas del derecho consuetudinario.

² No existe en la legislación ecuatoriana, un equivalente al precepto 1159 del Código Civil Francés.



participación en estas loas que se le otorgan, y por qué no decirlo, al derecho civil latinoamericano, en general.

En el derecho civil ecuatoriano-chileno, como ya dijimos, se advierten tres reglas de hermenéutica que son novedosas, y que son las del artículo 1607, inciso segundo; 1607, inciso tercero y 1609, inciso segundo.

Observando la primera de estas novedosas reglas, de las que carece el Código Civil Francés, diremos que el artículo 1607, inciso segundo, dispone que en todo contrato, sus cláusulas “podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia”. Por lo tanto, el juez está autorizado a indagar respecto a la intención de las partes, aún más allá del tenor literal del contrato. De esta manera, “siendo vago un contrato en que el actual demandado se compromete a pagar una comisión por ciertos servicios, deber recurrirse, para interpretarlos, a un convenio que sobre la misma materia, celebraron las partes con anterioridad...”¹.

En buenas cuentas, lo único que importa, es comprobar la voluntad real de los contratantes, pudiendo y debiendo hacer uso de todos los elementos posibles, que ayuden, coadyuven o bien sean capaces de extraerla.

Exactamente igual, es la idea inspiradora del artículo 1607, inciso tercero y su regla, que nos dice de cómo podrá interpretarse la cláusula de un contrato, y reza: “Por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes, con aprobación de la otra”. Se llama regla de la interpretación auténtica. Hacemos hincapié, eso sí, en la vital importancia y lo grande que es, el artículo de *ut supra* y su regla. Tanto es así, que los autores chilenos así lo entienden y por dar un ejemplo, CLARO SOLAR estima y el resto de sus coterráneos también, que si se hiciera un orden de prelación, esta regla debería figurar,

¹ **GIORGI**, citado por **Luis CLARO SOLAR**, “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”. De las obligaciones. 3 tomos, Santiago, 1939, p. 20.



inmediatamente a continuación, nada menos que del artículo 1560 (artículo 1603, del Código Civil Ecuatoriano). A estas alturas, ya sabemos y tenemos meridianamente claro, que la interpretación auténtica, es la reina de todas las interpretaciones, y no hay que creer en esos tratadistas de baja estofa y de bajo volar, que su mediocridad y fracaso, los hace escribir sandeces, con la creencia de que, al menos, hay que decir algo aunque sólo sea por decir, considerando la posibilidad de pasar a la posteridad, aunque sea por una torpeza, y no les daremos el beneficio de que no sea mal intencionada, ya que si bien es cierto, cualquiera puede cometer errores, pero no un cirujano o un jurista, que por un día juegue a ser tratadista. Es tan evidente la gracia y lo acertivo de esta regla, emanada de fuente latinoamericana, que incluso hasta en Europa, se ha revisado, estudiado y en muchos casos estampado en sus respectivos Códigos Civiles, a la gran reina de las reglas, o sea, la regla de la interpretación auténtica. El error de estos seudos tratadistas, que afortunadamente son pocos, nace de la mala aplicación de un principio que es muy verdadero, que dice que después de concluido el contrato, ninguna de las partes, tiene la libertad para modificar a su capricho, ni a su guisa, la voluntad ya declarada. Debemos saber, que este principio no es agredido, si ambas partes en un contrato, acuerdan interpretar su voluntad. En la hermenéutica y también en la exégesis contractual, la inteligencia y el sentido que los contratantes le dan a sus términos, es el norte más seguro para llegar a conocer su voluntad¹.

La Excelentísima Corte Suprema de Chile, haciendo uso de esta interpretación auténtica y aplicándola, ha dicho: “Que la regla del artículo 1564 (1607 del Código Civil Ecuatoriano), inciso tercero, es de vital importancia en la exégesis contractual, sobre todo en aquellos contratos que tienen como objeto de la obligación, dar o hacer, ya que nada nos puede indicar con más acierto, la voluntad de las partes en esta materia,

¹ Efectivamente, el Código Civil Italiano, en su artículo 1362-2 establece: “*Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto*”.



que la ejecución llevada a cabo por ellos mismos, de las cosas que, con arreglo de lo pactado, estaban obligadas a dar o hacer”.

Si bien es cierto, que la manifestación más exacta que puede encontrar el exégeta de la voluntad interna, es habitual que ésta sea, la que es hecha por las propias partes. Es verdad que la ejecución práctica de la convención, puede ser el resultado de un error sobre extensión de las obligaciones. A esto se debe que el exégeta debe inducir con mucha prudencia sus conclusiones *a fortiori*, si alguno de los contratantes alega un error. Ahora, si la aplicación práctica en el contrato requiere de una confesión de la común intención, esto sólo podrá ocurrir si la aplicación se ha hecho por ambos contratantes, o bien, por uno con la aprobación del otro. Reza al principio, que nadie puede crearse un título para sí mismo; esto viene a impedir que se tome por el exégeta, consideración de la ejecución unilateral que pueda recibir el contrato, de la forma estipulada para ello.

Lo que acabamos de examinar, y nos referimos a las dos reglas, constituyen casos ilustrativos y particulares del principio fundamental general, que aunque no fue plasmado con formalidad en la ley chilena, ni en la francesa, es frecuentemente aplicado y ejercido en los países en que ésta se acoge. Para determinar la intención de las partes, el exégeta debe considerar todas las circunstancias de la especie, incluso las extrínsecas. Debemos decir, que el principio en cuestión, fue expresamente reconocido por el legislador y Código Civil Italiano, en su artículo 1942¹.

Ahora examinaremos la disposición que contiene la tercera regla, y se trata del artículo 1609-2 (inciso segundo), que es una verdadera novedad en los textos legales franceses. En el caso de que el exégeta no tenga éxito en encontrar la voluntad de las partes, y si no tiene otra

¹ Artículo 1371: “Qualora nonostante l’applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l’obbligato, se é a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l’equo contemperamento degli interessi delle parti, se é a titolo oneroso”.



posibilidad, debe atenerse a la regla del artículo 1609, inciso primero, que reza: “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor”. La respuesta a esto es parecida, hasta aquí, y nos referimos al artículo 1162 del Código de Napoleón¹.

No obstante el artículo 1609-2 señala: “Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

A modo de explicación, diremos que esta última regla chilena trata, pues, en hacer la exégesis del contrato dudoso no favoreciendo al acreedor, salvo que haya sido redactado o dictado este contrato por una de las partes (esta hipótesis se maneja en el ámbito del contrato de adhesión). Como la voluntad en este caso no fue expresada fruto del trabajo del redactor, se le toma como culpable de lo ambiguo de la convención, y por lo tanto, la interpretación le desfavorecerá, interpretándose contra él, sin importar si tiene la calidad de acreedor o deudor. La solución es evidente. Si el que dicta la declaración es el contratante, comete negligencia y las consecuencias las soportará él mismo, incluso cuando sean cláusulas en las que como deudor figure.

En Chile siempre se ha aplicado por la jurisprudencia, la regla en cuestión, sin la menor duda y sin que les tiemble la mano: “Las cláusulas dudosas de una escritura de venta redactada por el abogado del comprador, deben interpretarse en contra de éste”. En razón del texto del precepto 1602 del Código Civil Francés, la decisión del caso en comento puede ser muy distinta. En materia de contratos de adhesión, no faltan en Chile, aplicaciones análogas en la jurisprudencia: “Suponiendo ambiguas o dudosas las cláusulas del seguro relativas a doble indemnización, ya

¹ Lo preceptuado en el artículo 1609-2, es muy parecido a lo del artículo 1370 del Código Civil Italiano, que reza: “Le clausole inscritte nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s’interpretano, nel dubbio, a favore dell’altro”.



sea por muerte, ya sea por accidente, se interpretan contra el asegurador, que es quien redactó el formulario o ejemplar contenido en la póliza, ya que su ambigüedad es de cargo del asegurador por una falta de explicación que debió dar, y no lo hizo. Es así, que se acoge la demanda de la doble indemnización y su cobro”¹.

Tenemos la convicción, de haber presentado fidedignamente, una visión en la óptica del sistema clásico de exégesis contractual, aunque esquemática. Sin embargo, de que algunas reglas de exégesis que no se encuentran en Francia y sí existen en Chile, y si además tomamos en cuenta que hay diferencia en las apreciaciones doctrinales, así todo, consideramos que el sistema chileno, en el asunto que nos ocupa, no va en contra, ni difiere, del admitido tradicionalmente en Francia.

Ya cerrando este capítulo, expondremos sobre el sistema subjetivo, observaciones críticas de exégesis contractual.

2.38 RETRACTORES DE LA ESCUELA CLÁSICA

CONSIDERACIONES

En el edificio jurídico positivo y su número considerable de instituciones, la autonomía de la voluntad y su doctrina, ha servido de fundamento. Ha sido apreciada tanto en el derecho privado, como en el derecho público. En cuanto al derecho privado, se puede aseverar que no existe otra doctrina con un rol comparable al de la autonomía de la voluntad.

“Según la fórmula de DEMOGUE, esta teoría consiste, llevada a lo esencial, en tomar la voluntad de los individuos a modo de medida prácticamente exclusiva, en lo que a obligaciones se refiere; por ende, reconocer en este acuerdo de voluntades de las partes en el contrato un poder espontáneo, un poder de creación de obligaciones y de los respectivos derechos subjetivos..., que la voluntad sea autónoma,

¹ **Marcel WALINE**, *L'individualisme et le droit*, 2ª ed. , N° 91, p. 171.



significa que se trata de una voluntad poseedora de un poder que crea situaciones jurídicas, sin que sea menester habilitación alguna”¹.

Lo más antiproducente de todo, es que este principio, y nos referimos al de la autonomía de la voluntad, es que explica cualquier situación, y a pesar de ello, éste por sí mismo, es inexplicable. Es un principio que se basta a sí mismo; y no hay que justificarlo, porque sería perder el tiempo. El filósofo, individualista en su época, que más contribuyó a consolidar este principio, fue KANT, y fue él quien acuñó tal denominación². Cuando definió este principio, lo hizo como “un postulado de la razón pura”, por lo tanto, no era viable el ser explicado. Se decía y preguntaba que cómo podía justificar su autonomía, si la voluntad de las personas es inestable, cambiante y aún arbitraria.

La ley divina, era el basamento antiguo en que descansaban los ordenamientos jurídicos. El origen de la legislación era de carácter sobrenatural; de esta forma la que inspiraba al derecho, era la propia teología, pero esto cambió en los tiempos modernos al laicizarse el derecho, y así se ha asistido y hemos sido testigos con el correr de los tiempos, del apogeo de esta voluntad humana, como una determinante jurídica. En un supuesto, la voluntad podría haberse integrado, o si se quiere, sometido a los informes revelados en forma empírica por las ciencias sociales y hubiese quedado asentado así, un sistema jurídico sobre la realidad de la vida, que el jurista no debería olvidar jamás. Pero esto no ha ocurrido, ya que a esta divina ley, la reemplazó y siguió el culto de la voluntad a secas, y ante la frustración de los juristas clásicos, al no poder justificar racionalmente la prevalencia de la voluntad, tuvieron que someterse al dogma de su autonomía ciegamente, y resignarse a aceptarlo de esta manera.

¹ Cfr. **Michel VILLEY**, “*Essor et décadence du volontarisme juridique*”, in *Archivos de Filosofía del Derecho*, Vol. III, 1958, p.89 y ss.

² *Pandectes Françaises. Successions*, N° 2845, Bourges, 23 enero 1828.



Los autores comenzaron desde ese tiempo, invariablemente, a ampliar, sin atisbos de cansancio, iguales explicaciones. Por lo tanto, existía una voluntad oculta tras cada obligación, que por lo general, era tácita. En el sentido que el prototipo de la actuación jurídica voluntaria era el contrato, se afianza su presencia en varias instituciones, que a pesar de ello, con el contrato, no tienen relación alguna. Siendo así, las obligaciones legales, descansarían en contratos tácitos, las normas supletorias, las que ayudan al legislador a reglar los contratos de común ocurrencia, serían expresiones de una presunta voluntad de las partes en el contrato; de ahí, hay un paso a afirmar que el régimen legal matrimonial, no es, sino, la expresión de un contrato tácito entre los cónyuges y que la sucesión abintestato, no representa sino que el testamento presunto del de cujus.

Pero esto no es todo: La *Willenstheorie*, ocupa absolutamente todo el derecho. En cuanto a la nulidad relativa, es analizada como una ratificación tácita en cuanto a su prescripción, también en forma tácita al mandato, se utiliza para justificar lo que de la solidaridad pasiva resulta, al igual que la responsabilidad que por las deudas contraídas por la mujer, asume el marido.

Con este modelo de razonamiento, hará pública su conformidad, el propio Código de Napoleón. A la reglamentación de las obligaciones, dedicará diecisiete artículos, de cuyas obligaciones, muchas no convencionales, a las que (cuasicontratos, delitos y cuasidelitos) de igual modo las entenderá y apreciará como expresión de la voluntad. También el artículo 1184, prescribirá que una condición resolutoria se subentiende en los contratos sinalagmáticos. También podríamos comentar, que lo preceptuado por el artículo 778, hace alusión a que el acto de aceptación de la herencia es tácita, cuando el que profita de ella, o mejor dicho, se beneficia de ella, efectúa un acto que presume indefectiblemente su intención de aceptar, esto llevará a la jurisprudencia a decir: “La circunstancia que un heredero haya dispuesto de algunos pequeños objetos, tales como vestidos, en beneficio de un pobre, y haya recibido



también él de esos vestidos, por común acuerdo con los otros herederos, debe ser considerada como expresión necesaria de la intención de aceptar”¹.

Nada permitirá estimar, ni por motivo de realismo y equidad, que el heredero, ignorante del derecho, y por ende, que existe interés en aceptar, con beneficio de inventario, no ha podido tener, por sólo disponer de vestimentas de la sucesión, la intención de formular una aceptación pura y simple, que lo obligará personalmente respecto a los acreedores del de cujus, los cuales subrepticamente, se ven favorecidos, ya que sólo tenían contemplado el patrimonio del de cujus, al celebrar el contrato que los convirtió en acreedores y no así el de sus herederos. Lo cierto es, y que acontece con mucha frecuencia con estas voluntades tácitas subentendidas, la consagración de soluciones muy injustas. Como sentenció SALEILLES, la regla del artículo 778, no es más que “una trampa tendida a los herederos, a favor de los acreedores”².

En lo que a los sistemas jurídicos tradicionales nos importa, no continuaremos buscando aplicaciones del método voluntarista que lo han inspirado. Nos satisface señalar, que la idea por la cual se pretende explicar distintas situaciones jurídicas (relacionadas a voluntades tácitas ficticias), a lo más, podría tener utilidad técnica, para que posteriormente sea en provecho del análisis, un conjunto de soluciones legales determinadas; empero desgraciadamente, es que a esta esquemática concepción, “ se tiende a atribuir un verdadero valor explicativo, viniendo así a confundir la sistematización puramente lógica del derecho, con su justificación racional: tomando — según el decir de BERGSON — el aparato lógico de la ciencia, por la ciencia misma. En todas estas ficciones que se interponen entre la realidad y el espíritu, reside el peligro más grave. Cuando imagina algún contrato implícito para explicar una

¹ **DEREUX**, de su Tesis, París, 1905, sobre *De l'interprétation des actes juridiques privés*. “*De la nature juridique des contrats d'adhésion*”, p. 503 y ss.

² **Emmanuel GOUNOT**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Tesis, Dijon, 1912, pp. 117 y 118. “**Raymond SALEILLES**, *De la déclaration de volonté*”, París, 1901.



regla de derecho, el jurista, además de este contrato implícito, también imagina algún embrión de voluntad, y se estima satisfecho, disculpándose por buscar en otro lugar, en los principios superiores de la razón y de la conciencia humana, o en las condiciones objetivas de equilibrio que postula la vida social, las razones de dicha regla, que son profundas y verdaderamente sólidas. De esta manera, ya no tiene cabida la especulación, que se distancia grandemente de los juristas, se aísla del mundo real, y la ciencia es reemplazada por la técnica”¹.

2.39 EL SISTEMA EN ESTUDIO Y SU CONCEPCIÓN FICTA

Como una máxima, pero esta vez conceptualizada, y en una suerte de, valga el parangón, corolario, diremos que el fin que persigue la teoría clásica, para algunos una realidad, para otros una quimera, es sacar del espíritu, alma, y si es posible, desde las mismas entrañas del sujeto partícipe del contrato, su querer, deseos e intereses escondidos en lo más profundo. Esto no se condice con el quehacer de los juristas, ni menos del juez, ya que es más propia esta tarea así entendida, de un psicólogo. Debemos entender, que lo que al derecho interesa, son aquellos elementos tangibles, por lo tanto externos y no aquellos que se encuentran en el interior del individuo, y siendo así, sería casi una obligación el decir que se pone en tela de juicio o en cuestionamiento, toda la teoría clásica y su objetivo per sé.

No tan sólo lo dicho *ut supra* incomoda al alma. Es muy antiproducente a la concepción de los contratantes, que ha hecho y ha sido forjada por esta teoría: porque cualesquiera que sean las circunstancias, ella dicta y prescribe al exégeta, escudriñar la voluntad real, que es la subjetiva de los partícipes en el contrato, incluso para satisfacer la más insignificante duda.

¹ Droit Civil, T. II, Vol. 1, 1962, N° 218. Parecido es el pronunciamiento del profesor **H. BATIFFOL**, (“La crise du contrat et sa portée”, in archives de philosophie du droit, T. XIII, 1968, p. 17) : La pretendida búsqueda de la intención implícita de las partes de la cual se cuelgan siempre los considerandos de los fallos, es una falacia, pues, si dichas partes hubiesen tenido una intención al respecto, la habrían expresado ante la incertidumbre de la solución”.



¿Es que acaso las partes previeron todo? Lo que nos dice la experiencia, es que los sujetos, al momento de celebrar un contrato, no pueden prever, ni lo hacen, todos los incordios que se suscitan en el mismo, una vez celebrado. Lo común, es que siempre habrá lugar a una gran cantidad de hipótesis, no reglamentadas por los partícipes en el contrato. Por esta razón, es una pretensión, un tanto infeliz, el referirse a la exégesis, como sinónimo de develar la común intención de los contratantes, lo que nos lleva a decir y afirmar que esta última, no es sino una ficción, a pesar de todo lo que se diga en contrario.

El contrato, por ser una creación de la entelequia humana, hecha para regular las obligaciones entre individuos de la especie humana, no puede estar exenta de defectos y desaciertos, y siendo así, aunque las partes vean y prevean, en conjunto y al mismo tiempo, una misma situación, motivo o idea, irremediablemente lo harán desde distintos puntos de vista. Por lo dicho, concluimos que también, irremediablemente, el interés que tenga uno de los contratantes y que lo ha llevado a contratar, no será nunca exactamente el mismo que el de su cocontratante.

Concluimos pues, que es un engaño de la teoría clásica, insistir en indagar en las intenciones comunes de los contratantes, ya que sólo encontraremos intenciones opuesta e intereses divergentes, aunque sea en una proporción muy exigua.

Estas críticas, de las que se hace merecedora la teoría clásica, encuentran en dos grandes tratadistas, sus más implacables detractores, y nos referimos a los tratadistas, doctrinarios y profesores MARTY y RAYNAUD, que dicen: “En presencia de una fórmula dudosa, lo más verosímil, es que cada una de las partes le haya atribuido el sentido que le es más favorable, cada cual pensando hacer un buen negocio; no hay intención común. Igualmente, cuando durante la ejecución del contrato surge una dificultad imprevista, sobre la cual nada han dicho las partes, es vano buscar para resolverla, cuál habría sido la intención común de las



partes, pues si cada una de ellas hubiese previsto la dificultad, la habría resuelto en el sentido que le era favorable”¹.

En cuanto al empleo de los usos y la equidad en la exégesis, para poder justificarlos, diremos que también sería una ficción recurrir a la voluntad, para entender su inclusión en el contrato. Si los mencionados elementos exegeticos no pudieran emplearse, sino cuando los contratantes se hubieren referido formalmente a ellos, lo que es una estupidez, ya que ello nos llevaría a pensar y determinar, que cualquiera de los partícipes en el contrato, si se le guisa, podría escabullirse a las consecuencias que la equidad y los usos señalan al contrato ineludiblemente. ¡Alerta!, debemos señalar, que esta conclusión tan lógica de la opinión admitida corrientemente, va en contra, también estúpidamente, de la genuina acepción de la equidad y de los usos: y todo esto, a pesar que el Código Civil, en su normativa sobre la materia, no avalan de ninguna manera esta opinión tan sui géneris, y nos referimos a los artículos 1135, 1159 y 1160 del Código Civil Francés.

En consecuencia, seremos de la opinión que tendría que eliminarse de la exégesis contractual, toda alusión a voluntades probables, tácitas o virtuales, de los partícipes en el contrato, ya que éstos conceptos dentro de él, carecen de todo sentido. Definamos posiciones: O hay elementos de convicción suficientemente fuertes, y por ende, la voluntad será real, o simple y llanamente no los hay, y concluiremos que la voluntad a la que nos referimos es inabordable. También con tristeza, diremos, que en lo absoluto concordamos, ni con BOULANGER, ni con RIPERT, quienes primeramente aseguran, que no hay que disimular el carácter vaticinador y conjetural de esta indagatoria de voluntad; ya que a menudo la voluntad probable que el juez pretende develar, no es ni más ni menos, que una voluntad ficta, que en nada ayuda; y concluyen agregando que éstas son ficciones necesarias². Esto no es así, siempre el derecho y la

¹ *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, T. II, 1957, N° 455.

² Cfr. **CARBONNIER**, *Théorie des obligations*, 1963, p. 257.



exégesis que se haga sobre él o sobre sus normativas, deben allanarse a la realidad, donde no tienen lugar meras elucubraciones fictas.

El profesor CARBONNIER, hace observaciones en condicional, en el sentido que debería tenerse el coraje para aceptar que la exégesis contractual no es perfecta, y que la común intención de los partícipes en el contrato, no la podemos encontrar cuando existe obscuridad en el mismo, y por lo tanto, deben formularse en forma imperativa; *a fortiori*, que en el artículo 1135, se le entregan al exégeta herramientas suficientes, para que pueda imponer a las partes, obligaciones que éstos nunca previeron; puede también enmendar un contrato ambiguo, rehaciéndolo en forma razonable y como lo haría un hombre equitativo, y probablemente su confección sería más feliz, que el que hicieran las propias partes involucradas.

El profesor Henri BATIFFOL, de la Universidad de París, se refirió también, como ya sabemos, a la exégesis *ut supra*, op.cit., y explicándolo sucintamente, dice que la exégesis, no consiste en indagar sobre una voluntad que no existe, sino que más bien, en decir y dictar lo razonable y justo, dada una determinada situación. Si se quiere, lo explicamos de otra forma, en el sentido de que, nos volvemos a encontrar con la idea de que los contratantes, han dado su aquiescencia para colocarse en una situación, obviamente contractual, de que han determinado, sin lugar a duda, un cierto número de rasgos, no obstante los que vienen después, quedan fuera de su competencia; que por el hecho de haber abrazado alguna actividad o cargo, la imparcialidad de sus consecuencias, las valorará el exégeta o Magistrado, que les impondrá como gravamen, obligaciones en las que naturalmente, no habían pensado ni remotamente. La exégesis, por ende, será siempre objetivamente construida.



2.40 RESPUESTAS AL INDIVIDUALISMO CLÁSICO

Ya que el sistema en estudio es tremendamente individualista, diremos que, desde una óptica jurídica, esto puede estudiarse desde dos ángulos, según se entienda al individualismo como fin del derecho o como fuente del mismo. En cuanto al fin del derecho, y que los individuos sean su objeto, es algo indiscutible, incluso para las almas no totalitarias. Es más, esto también lo aceptan, y nos referimos a semejante concepción, los adeptos a la filosofía socialista.

Sobre esta concepción, hay que aclarar, que no puede concebirse a este individuo marginado de la familia, que en definitiva, en la estructura social, es el segmento intermedio que hace fácil realizar aspiraciones humanas, y que por fin está siendo protegido por la legislación; y por otra parte, si entendemos al individuo como fin del derecho, sus intereses no pueden apartarse del bien común o del interés general, como concepción globalizada, y que es de interés para este bien jurídico, altamente protegido.

Pero en todo caso, es la segunda concepción del individualismo, la que se encuentra en cuestionamiento. Al decir tan categóricamente, que el individuo es la única fuente de derechos y obligaciones, nos lleva a repugnar todo vínculo jurídico que no descansa en la voluntad humana, como es y debe ser, no contra natura. No es, ni más ni menos, que la “*Willenstheorie*”, hecha Tesis; así considerado, la voluntad consume, haciéndola suya, al acto jurídico en su totalidad, y ésta muta, por lo tanto, como el cimiento único de exégesis. Para la “*Willenstheorie*”, las partes, son individuos soberanos que son autovalentes, en lo que respecta a establecer, cuando les importa, relaciones jurídicas. No existen otros elementos sociales en juego, sólo la voluntad, que en el concepto tratado es todopoderosa. De esta manera, se asienta y confirma en estado puro, el individualismo.



No deja de ser una quimera lo señalado *ut supra*, y entendiendo que el contrato no es más que un hecho social, si la concebimos así, como una variable, la voluntad no puede dejar de plegarse a las exigencias del medio social, que constantemente está influyendo sobre los particulares. Sólo aquél que razona a partir del hombre aislado, puede afirmar la autonomía del individuo. Sólo el hombre verdadero, el único del que los historiadores han encontrado huella, es el que vive en sociedad. Sólo el hombre tribal, por pequeña y atrasada que ésta sea, siempre han precedido los derechos del personaje de la fábula de Daniel Defoe. El contrato social y la tesis que lo sustenta es falsa, toda vez que ratifica la realidad histórica de aquél. Es común percatarse que la sociedad es inherente al hombre por razones de naturaleza.

Es inaceptable afirmar, como lo explica la doctrina del individualismo, que el individuo y su sola voluntad (al margen de todo juicio de valor sobre su contenido), es fuente de derechos subjetivos. En lo que a exégesis se refiere, debemos rechazar de plano, el principio de la voluntad soberana. Corrigiéndolo con la introspección y análisis del exégeta, relativo a los distintos elementos sociales de que son capaces de entregarnos los modelos que puedan determinar, sin fantasías, los derechos y obligaciones que el contrato, bajo exégesis, ha dado a luz. Ahora, en cuanto a las voluntades supuestas, usualmente presagadoras y vaticinadoras, decimos que deben cambiarse algunos elementos sociales por otros. De esta manera, la exégesis, en vez de darse a lugar en lo absoluto, observará y mirará hacia las realidades de la vida. Siendo así, y habiéndose hecho abstracción de la voluntad, para que abandone su lugar como alma del contrato, debe abandonar también su estatus de ser la medida de su exégesis

La idea de basar el ordenamiento jurídico civil sobre cimientos voluntaristas, debía necesariamente dejarse de lado. Ya lo hicieron los filósofos y en un corto plazo; los juristas también deberán hacerlo, y se verán obligados a rehacer los sistemas que nos ha legado la edad



moderna, sobre este falaz principio. Nos referimos al sistema tradicional, que sempiternamente ha tenido cabida en la exégesis de los contratos.

En cuanto a las consecuencias que de todo este análisis pueden devenir, en Ecuador y Chile, desafortunadamente no conocemos ninguna. La obsesión de la ley, en cuanto a la voluntad en la materia que nos ocupa, sigue en vigor, y por lo general, los doctores juristas (que son el tester, como ocurre de ordinario), no dan indicios de sorprenderse por la pleitesía brindada al individualismo y a las ficciones. Podemos abrigar, eso sí, fuertes esperanzas de un cambio profundo en el pensamiento jurídico ecuatoriano-chileno, en un futuro no muy lejano. Esta esperanza no es en vano, puesto que una importante facción de estudiantes de derecho, hemos comprendido la necesidad ineluctable de la labor que debemos hacer con otras disciplinas, que también están en el corazón de las ciencias sociales. Podemos vaticinar, que la disciplina del derecho encontrará su cauce, ayudado por aportes de la economía, la sociología y la psicología social, junto a otras disciplinas, para encontrar la luz y despertar la imaginación de los doctores en derecho ecuatorianos y los juristas chilenos, que están ciertamente provistos de dicha virtud. Somos optimistas, pero siempre y cuando abandonemos la idea de concebir al derecho como una ciencia autárquica, separada del empirismo de otras ciencias sociales, que sin lugar a duda, nos harán un aporte gravitante para esta correcta y excelsa tarea.

Hemos visto como en otras sociedades, ricas en tradición jurídica, y pilares del pensamiento jurídico del orbe, como lo es Francia, que ha visto proliferar reacciones trascendentales en contra del sistema subjetivo de exégesis contractual, ha tomado cartas en el asunto. Tanto es así, que desde mucho, se han propuesto un sistema distinto, reconociendo algunas particularidades propias de exégesis contractual, en lo que a contratos por adhesión se refiere, que tanto bien le ha hecho a la sociedad, en cuando a la adquisición de derechos y obligaciones.



A propósito de lo que se ha dicho *ut supra*, debemos subrayar, que la exégesis contractual tradicional, hace mucho ha empezado su declive, ya que muchos tratadistas, que eran incluso defensores de este sistema, han mirado hacia otras latitudes, como por ejemplo, Alemania, que ha instaurado un sistema objetivo y realista, observando las mismas consideraciones que con antelación ha hecho este postulante.

No debemos quedarnos como el senecto, que reconociéndole su extensa e invaluable sabiduría, tiene como premisa y principio, de que “todo pasado fue mejor”. Si esto fue alguna vez cierto, no debemos olvidar, que los cambios sociales y las nuevas generaciones, traen consigo, no tan sólo nuevas ideas, prácticas y buenas, sino que también nueva sabiduría, reemplazando a la antigua y querida, pero equivocada.

2.41 LA ANTROPOFAGIA FRANCESA CONTRA SU PROPIO SISTEMA DE EXÉGESIS

EL FLAMANTE SISTEMA DOCTRINAL

Nuevos vientos corrían en Francia, con una suerte de revolución, que llevó a una verdadera guerrilla dentro de los claustros universitarios y en todo círculo intelectual, entre ellos, por supuesto, los doctrinarios y tratadistas del derecho.

Haciendo honor a su historia revolucionaria, y haciendo una analogía con aquel insigne tiempo, la guillotina de los más conspicuos, no dejó de funcionar, ni de día ni de noche, sólo que esta vez, no era Robespierre el que daba la orden, sino los intelectuales, que no dejaban, ni cesaban de cortar las cabezas de todos aquellos defensores, de lo que para ellos, era el arcaico sistema.

Ya no eran DIDEROT ni D'ALAMBERT, los enciclopedistas que traían como una tempestad, los nuevos aires de luz de sabiduría, arrancados de raíz de los claustros monásticos. Éstos eran reemplazados por los claustros intelectuales, que yacían en las cabezas de los más acérrimos defensores del subjetivismo.



Esta gran nación, llena de sabiduría, ha colocado la vara muy alta en el mundo del derecho, dándonos un ejemplo de pasión, pero unida a una sapiencia, que nuestros pueblos latinoamericanos, debieran, no tan sólo imitar, sino que más bien emular.

¿Cuántos años pasarán, para que este letargo latinoamericano haga eco y no oídos sordos, a semejante revolución intelectual? Sinceramente, no lo sé; sólo espero, en lo más profundo de mi alma, como un incipiente proyecto de jurista, al menos así me siento, que también en los claustros ecuatorianos y chilenos, por lo menos vean dar a luz a insignes intelectuales, que como ya dije, puedan emular y no imitar, el trabajo de doctores del derecho, como fueron GOUNOT y DEREUX, que a pesar de estar errados, uno más que el otro, con sus escritos, supieron dar la pauta para los nuevos tiempos que en su momento se avecinaban, y supieron también, al menos uno de ellos, mirar hacia otras latitudes, buscando la respuesta que desesperadamente querían encontrar, y que no hallaban.

Apelo a mi propia familia, esto es, al claustro universitario de la Universidad de Cuenca, que probablemente me vea nacer como abogado, que ayude al nacimiento de un GOUNOT y de un DEREUX, para que aporten con su sabiduría a nuestro continente, y al mismo tiempo, prestigien a esta gran Universidad, que al igual como los mencionados, que con sus Tesis Doctorales, consiguieron conmovir el sistema puramente subjetivo, que prevalecía antes de ser publicadas las Tesis mencionadas. En primer lugar, da a luz su Tesis, George DEREUX, que en 1905, iluminado por doctrinas foráneas, en este caso la alemana de la *Erklärungstheorie*, exhibió sus flamantes ideas en materia de exégesis contractual. Posteriormente, hace su aparición la de Emmanuel GOUNOT, que en 1912, en un fragmento de su excelsa obra de Filosofía del Derecho, vino a retomar y también profundizar, todas las ideas que DEREUX había plasmado en su insigne tesis. Algunos en su tiempo, pensaron que los mencionados, quisieron sesgar de la exégesis, cualquier búsqueda psicológica, echando por tierra así, toda esta lata



tradición francesa, en lo subjetivo; pero no fue así, ya que el propósito de ambos, no fue más que el de limpiar de defectos, la doctrina tradicional, extrayéndole todos sus excesos, que era el motivo que la tenía en agonía. Primeramente sostienen, que el exégeta debe aferrarse a la voluntad de las partes en el contrato, y que sólo, si no se hace evidente ésta, debe adjudicarse un valor extremo a los elementos sociales de exégesis, que guarnecían como tesoro en el Código de Napoleón, específicamente en sus artículos 1134-3, 1135, 1159 y 1160. De tal forma, que en el supuesto que el exégeta falle en la tarea de develar la voluntad real de los partícipes en el contrato, en vez de comprometerse en una ráfaga de razonamientos fictos, debe poner en marcha las reglas objetivas del Código civil. Como podernos ver, en el fondo, se trata de una batalla contra las voluntades ficticias o inexistentes. Si en el estudio del contrato se revela un problema, que las partes ya había previsto y resuelto de común acuerdo, en forma expresa, el exégeta no puede dudar. Él debe fallar conforme al acuerdo. Ahora bien, si no hay declaración explícita que zanje el problema, o sea, la común intención de las partes se deduce, no obstante, con la claridad del conjunto de las circunstancias o del acto, será ésta además, la que señalará a los tribunales, la sentencia correspondiente. Pero, el respeto de la voluntad, tiene un tope, colocado por los límites de la misma; esto es, debe parar donde lo hace la voluntad. Este respeto a la voluntad, se le espeta a la jurisprudencia, no por el respeto en sí mismo, sino que cuando recurre a ella, cuando ésta es inexistente, en otras palabras, cuando se desconoce sistemáticamente los límites naturales del querer humano.

El rol que cumple la ley en la fijación supletoria de los efectos jurídicos de las convenciones, es explicado por los clásicos, arguyendo que la voluntad tácita de las partes, debe remitirse a tales efectos. Hoy por hoy, esto no es aceptado y se lo hace en forma enérgica, ya que lo evidente, es que las partes ignoran absolutamente la ley supletoria, y por ende, no pueden, ni tácitamente remitirse a ella. Lo normal, es que las partes se cuiden de expresar lo que a ellas parece de suma importancia en el contrato. En lo demás, se someten a la ley, otorgándole a ésta la



solución de aquello que no previeron. En esto, los contratantes están ciertos, de que el sistema y modelo que inspiran la ley supletoria, no tienen ninguna relación con ellas. Este modelo de ley, se sostiene a sí misma, apuntando al hombre medio, medianamente inteligente, leal y probo.

Se renuncia a la vinculación de la voluntad tácita de las partes, a la equidad y a la buena fe.

Si a la entelequia del intérprete, no se hace visible la voluntad de los contratantes, deberá apoyarse para desarrollar su rol, en la equidad y en la buena fe. Con respecto a ésta última, GOUNOT señala: “Decir que las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe, significa que la voluntad de las partes debe ser corregida en el sentido de la lealtad, si se separa de ella; significa reconocer al juez el poder de que se niegue a aplicar tal o cual cláusula del contrato, cuando ésta constituye una trampa para la buena fe”¹. Es incierta tal concepción de la buena fe. Así pues, nos preguntamos: ¿Qué significa la lealtad, para el caso?; también nos podríamos preguntar: ¿De qué forma puede modificarse el contrato desleal? GOUNOT no da una respuesta en su tesis.

Quién recurre a las acepciones de utilidad y justicia, para justificar la inclusión de la buena fe como herramienta en la exégesis, es DEREUX. La “utilidad” hace que las reglas jurídicas sean justificables cuando se la utiliza, siempre y cuando estén de acuerdo con el interés común o general. Existen otras, cuya utilidad es cuestionada, pero que son igual de eficaces, como las que conllevan la idea de “justicia”, en otras palabras, que se encuentran en armonía con la idea de equidad. Pero suele suceder, que variadas reglas, al mismo tiempo, descansan en el interés general y en la equidad, y es arbitrario relacionarlas a una u otra de estas ideas rectoras. En el sentimiento de la población, se produce una compenetración profunda entre estas nociones; se utilizan y causan efecto alternadamente una sobre otra, y como resultado de tan

¹ **GOUNOT**, Op. cit., p. 197.



interacción, por cierto incompleta, pero real, nace la idea de buena fe. En opinión de este postulante, todas aquellas reglas que en la buena fe encuentran su justificación, son aquellas evidentemente conformes, tanto con las necesidades del crédito social, como con la equidad. Esta misma idea, pero en forma muy extensa, la estampa DEREUX en Tesis, citada *ut supra*¹.

Así tenemos a la justicia y a la utilidad, como ideas distintas (como se expresan, por ejemplo, en el antiguo derecho de mayorazgo, que puede ser que en su tiempo fuere útil socialmente, pero que indudablemente jamás fue justo). Ellas normalmente no entran en disputa y siendo así, al integrarlas en la acción de buena fe, dan parecidas directrices al exégeta.

No se ha encontrado solución a los valores sociales y a su precisión, lo que ciertamente es un problema, ya que guían la exégesis, esto es, porque no están definidas las nociones de interés social, ni tampoco la de equidad. Por otro lado, hay un sistema que supone el empleo de nociones imposibles de precisar claramente; y hablamos del sistema de exégesis no ficticio. Pero esto, sería un elemento coadyuvante a las nuevas concepciones, ya que al carecer de rigidez, facilitaría una mayor agilidad para solucionar los concretos problemas jurídicos que se suscitan. Pero hay un tratadista que no escondía los problemas que decían relación a la fijación del contenido del interés general y de la equidad. Este tratadista es DEREUX, quien decía que su definición estaba “perpetuamente elaborándose, imprecisa como todo lo que es indefinido; pero, tal cual, dicha definición, no dará la ilusión de una simplicidad puramente aparente y poseerá la flexibilidad de la vida. Ciertamente quisiérase poder fijar en algunas palabras estas profundas ideas: La equidad, la utilidad social; pero como los principios y las nociones del derecho deben gobernar esta cosa inconclusa y siempre agitada que es la sociedad humana, no cabe asombrarse de la imposibilidad de traducirlas en una fórmula breve e invariable, ni de que la

¹ DEREUX, Op. cit. P. 459.



definición, modificada sin cesar, permanezca siempre en construcción...”¹.

Sea cual fuere el pensamiento de muchos juristas y doctrinarios del derecho, tendrán que convenir que las obras de DEREUX y GOUNOT, interpretan un inmenso esfuerzo científico de insospechado interés, que tienen como fin, construir un sistema de exégesis contractual y lo que es mejor, cimentado en la realidad y que, a *contrario sensu*, excluyen el hecho de poder involucrar voluntades en los contratos simplemente imaginarias, que según ellos, no nos llevan a una exégesis justa.

Gran parte de los autores franceses contemporáneos, han acogido las ideas de DEREUX y de GOUNOT. Predecible era esta postura de los contemporáneos, ya que sus ideas otorgaban a la doctrina francesa, una dualidad de virtudes; por un lado, eliminaban todo lo que había de excesivo en la doctrina puramente subjetiva de exégesis; y por el otro, permanecían en la tradición psicológica del derecho francés, debido a que ninguna idea revolucionaria se proponía, y el exégeta debía indagar en la voluntad de los contratantes y utilizarla cuanto fuera posible, para dar término al caso sub lite.

Como dijimos, muchísimos fueron los juristas que adhirieron al sistema subjetivo propuesto por los tratadistas *ut supra*, ya que para ellos era la solución para salvaguardar el sistema imperante, esto es, un sistema subjetivo, pero no ficticio de exégesis.

Entre los muchos juristas que adhirieron a este sistema, está el connotado JOSSERAND, el que, como ya sabemos, resaltó grandemente por sus ideas vanguardistas, que vinieron a promover una concepción más social del derecho. Él opinaba en relación a los artículos 1160 y 1135 del Código Civil Francés, que: “Éstos textos, sobre todo el último, encierran, en germen, un sistema en el cual el contenido obligatorio del contrato rebasará su contenido formal, pues la voluntad común de las partes, dejará de ser la fuente única de deberes y derechos para

¹ DEREUX, Op. cit., p. 481.



compartir esta misión y este poder con el uso y con la equidad. Partiendo de estas directivas, se llega a la conclusión, que el contrato debe ser primero y sin duda, lo que las partes han querido que fuese, pero también, por añadidura, lo que el uso y la equidad ordenan que sea...”¹. También en este tema, podemos traer a la Palestra, la sabiduría de PLANIOL y de RIPERT, quienes nos aportan lo siguiente: “No puede propiamente zanjarse el litigio por una búsqueda de intenciones, cuando el punto debatido no ha sido considerado por las partes, debido a imprevisión, ignorancia o a la imposibilidad de preverlo todo. El caso es frecuente... En ausencia de disposiciones supletorias, incumbe al juez regular el punto en litigio, decidiendo cuál es la solución más justa en derecho. A menudo los tribunales pretenden decidir por interpretación de la intención de las partes. Pero cuando ésta es incierta, en razón de la oposición de intereses, el juez debe formular una regla de derecho, tal como lo haría el legislador. Como éste, debe sopesar los intereses en presencia, su valor respectivo, y confrontarlos con la idea de justicia y con la exigencia de los intereses de la colectividad... Esta tarea se impone al juez. Tal como está obligado a estatuir en el silencio de la ley, debe estatuir en el silencio de la convención, ley de las partes. El Código le indica el espíritu en los artículos 1135, 1160, 1134, inciso 3”².

2.42 LA BUENA FE EN LOS CONTRATOS

El contrato da origen a derechos y obligaciones principales (contenido principal del contrato), sea respecto de ambas partes (contratos bilaterales), o sea respecto de una de ellas (contratos unilaterales) y a los llamados derechos potestativos.³

¹ **JOSSERAND**, *Cours de droit civil positif français*, T. II, *Obligations*, 3ª edición, 1939.

² **PLANIOL Y RIPERT** por Esmein. Cfr. **COLIN y CAPITANT** por Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, T. II, 1959, N° 813 y ss. **MARTY**, “ *Le rôle du juge dans l’interprétation des contrats* ”, in *Trabajos As. H. Capitant*. T. V, 1949, p. 89 y ss. **BOSSHART**, *l’interprétation des contrats*, Tesis, Ginebra, 1939.

³ Los derechos potestativos han sido introducidos en el estudio de la teoría general del contrato por tratadistas españoles. Estos derechos potestativos serían las acciones a que dan origen los contratos –nulidad, resolución, cumplimiento forzado–, las facultades para poner término unilateral en ciertos contratos, la obligación de las partes de actuar de buena fe, la de



La idea básica que subyace en todas las obligaciones y derechos emanados del contrato, sean principales o potestativos, e incluso en la misma celebración del contrato, es el *principio de la buena fe*.

Este principio se encuentra tanto en la celebración del contrato como en el momento de su cumplimiento. En general *todas las relaciones jurídicas, en todos sus aspectos y en todo su contenido, están sujetas al principio de la buena fe*.

En el Código, este principio se encuentra en el artículo **1589** del Código Civil Ecuatoriano (1546 del Código Civil Chileno): “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella*”. Este principio es también conocido, en materia contractual, como el principio de ejecución de buena fe de los contratos. Aparece también éste, ya no necesariamente en materia contractual, en los artículos **1533** (1490 del Código Civil Chileno) y **1534** (1491 del Código Civil Chileno); **968 y ss.** (904 y ss. del Código Civil Chileno); **1619 inciso 2°** (1576 inciso 2° del Código Civil Chileno), **1809** (1842 del Código Civil Chileno) y **1826** (1859 del Código Civil Chileno); **2394** (2468 del Código Civil Chileno); **740** (706 del Código Civil Chileno); **741** (707 del Código Civil Chileno), etc.

La buena fe, por impregnar todas las instituciones del Código Civil, es la *regla general*, y constituye una presunción de aplicación amplia (no sólo en materia posesoria). En consecuencia, la mala fe y el dolo deben probarse {artículos **741** (707 del Código Civil Chileno) y **1502** (1459 del Código Civil Chileno)}.

emplear la diligencia que corresponde según la naturaleza del contrato, los deberes de conservación y custodia, de restitución, etc.



El ámbito en que debe actuarse de buena fe, abarca a todo el fenómeno de la contratación: en las tratativas preliminares, al momento de celebrarse el contrato (en la oferta y en la aceptación), durante su desarrollo y ejecución, al cumplirse sus obligaciones como idea inspiradora de su interpretación y finalmente, en su conclusión.

La buena fe alcanza a ambas partes del contrato: el deudor no puede exonerarse de las obligaciones que contrajo, no puede pretender dar menos de lo que exige el sentido de la probidad, habida cuenta de la fidelidad del contrato. El acreedor a su vez, no puede pretender más de lo exigible, por el mismo sentido de probidad. El principio de la buena fe no tiene una posibilidad derogatoria de las cláusulas del contrato, tiene por finalidad armonizar esas cláusulas para que la letra del contrato no adquiera un predominio lesivo, por sobre la voluntad real de las partes.

Siguiendo esta idea, y en relación al artículo **1589** (1546 del Código Civil Chileno), los contratos obligan: A lo que en ellos se expresa, según la interpretación que se haga de sus cláusulas.

También obligan a lo que emana de la naturaleza de la obligación, esto es, los elementos de la naturaleza que son determinados por la ley en subsidio de la voluntad de las partes, como por ejemplo, saneamiento en la compraventa.

En tercer lugar, obligan a lo que por la ley pertenece a la obligación. La ley señala *imperativamente* ciertos requisitos, por ejemplo, normas imperativas relativas a la licitud del objeto.

Por último, obligan a lo que por la *costumbre* pertenece a la obligación. La costumbre es un elemento integrante de los contratos, vale decir, con este principio se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2° del Código Civil, en torno al valor de la costumbre en materia civil. La remisión del artículo **1589** (1546 del Código Civil Chileno) es general para todos estos, pero ello no obsta para que en las normas particulares de ciertos contratos, encontremos referencias específicas a la costumbre, como en el arrendamiento (artículos (1940 del Código Civil Chileno) ;



1919 (1951 del Código Civil Chileno) y **1922** (1954 del Código Civil Chileno); **1912** (1944 del Código Civil Chileno) ; **1906** (1938 del Código Civil Chileno) o como en el mandato {artículo **2048, inciso 2°** (2117 inciso 2° del Código Civil Chileno)}.

En estos casos, la costumbre debe probarse¹, no se presume, ni puede el juez establecerla de oficio.

2.43 TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL

Esta teoría es más amplia que el campo contractual (ejemplo: abuso de un derecho real). El desconocimiento del principio de buena fe en materia contractual puede configurar un abuso de derechos. Implica que una persona causa daño a otra en el ejercicio legítimo de un derecho, pero que no se ejerce de buena fe.

Regla básica: Todos los derechos son *relativo*, entendida esta relatividad en el sentido que su ejercicio de mala fe *no permite causar perjuicios a otros*. PLANIOL sostiene que “la jurisprudencia y la doctrina, han convertido en regla de derecho la regla moral elemental, que prohíbe perjudicar a otro por espíritu de maldad”

La teoría del abuso del derecho, en materia contractual, ha tenido en la doctrina diversas interpretaciones:

- En la jurisprudencia francesa se pueden distinguir dos etapas: En la primera, se condenó a aquel que causa daño en el cumplimiento del contrato por el simple espíritu de malquerencia, con el fin de perjudicar intencionalmente a otro, siempre que la exageración de los términos literales hubiera sido inútil para su autor, y que éste conociera el daño que causaría al tercero. En la segunda etapa, se acogió la teoría del abuso del derecho, incluso respecto de los actos útiles para su autor, cuando tuvieran un móvil ilegítimo o una

¹ Como se recordará, en materia civil, la costumbre puede acreditarse por cualquier medio probatorio.



mala intención (mala fe). Esto es, bastaría para que existiera abuso del derecho la mala fe o malquerencia, aun cuando el acto haya sido útil para el que procedió de mala fe. Al exigir el cumplimiento de un contrato de mala fe, el perjuicio causado por esta exigencia debe repararse por una indemnización de perjuicios.

- Artículo 226 del Código Civil Alemán: No es permitido ejercer un derecho cuando el ejercicio tiene como único objeto dañar a otro.
- En Chile, se ha intentado fundamentar la teoría del abuso del derecho en las reglas de la responsabilidad extracontractual (delitos y cuasidelitos civiles); pero, aunque no se haya intentado, cabe perfectamente en las reglas de la responsabilidad contractual, por aplicación del principio contenido en el artículo 1589 (1546 del Código Civil Chileno), ya visto.

Como contrapartida de lo anterior, aparecen los llamados derechos absolutos, que según los autores serían una categoría de derechos cuyo ejercicio, aún cuando sea de mala fe, escapan del ámbito de la teoría del abuso del derecho. Algunos ejemplos:

- Artículos **83** (107 del Código Civil Chileno) y **87** (112 del Código Civil Chileno): derecho de los ascendientes para oponerse a que un menor de edad contraiga matrimonio sin su asenso o autorización.
- Artículo **1300** (1255 del Código Civil Chileno): derecho a aceptar una herencia.
- Artículo **1360** (1317 del Código Civil Chileno): derecho a pedir la partición de bienes.

Sin la noción de buena fe y a su consideración, no podrían explicarse un sinnúmero de sentencias, y todo esto, por el hecho de estar vinculado a lo que preceptúa el artículo 1134, inciso tercero, del Código Civil Francés. O también, en otras sentencias, en la que actuar de buena



fe es una obligación, se traduce la idea de cooperación entre los partícipes del contrato.

2.44 EQUIDAD

En algunas ocasiones, la jurisprudencia o corrige un contrato o bien agrega algo al mismo. Todo esto en virtud de relaciones jurídicas más humanas y más justas, aunque tenga que situarla por sobre la voluntad de los contratantes y sus intereses particulares.

En lo concerniente a la exégesis que adhiere agregados en el contrato, debemos hacer hincapié en la llamada obligación de seguridad, que es aquella por la cual, el sujeto pasivo de la prestación, queda en una situación de compromiso, sin perjuicio de las obligaciones que le son inherentes a cada contrato, y el compromiso es salvaguardar la integridad física del sujeto activo de la prestación, para cuando la relación contractual haya finalizado.

Esta prestación a la que hacemos mención, nació a causa o por motivos, por el contrato que decía relación con las personas y su transporte, de tal forma que el transportado debía probar si por causa de accidente, ejercía la responsabilidad aquiliana.

Por la vía de la interpretación contractual, se ha forjado con un gran éxito la obligación en comento, y ha tenido igual éxito en los contratos donde la posibilidad de peligro está latente. En muchos supuestos y situaciones, la jurisprudencia se ha pronunciado afirmativamente en la existencia de este tipo de obligación, *verbi gratia* en lo referente a contratos médicos; entre clínicas y pacientes, una vez terminados éstos, etc.

Vale la pena hacer presente, que la obligación de seguridad, tiene el carácter de contractual, y si no es discutida, su rol de medios o de resultado, queda en la incertidumbre en las más de las veces^{1, 1}.

¹ V. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. 2, 1956, N° 21, p.15 y ss.



En la mayoría de los casos, es común que los contratantes, no hayan reparado en la aparición de una obligación de seguridad, que debieron haberla previsto. Pero esto no es motivo para que pueda incluirla la jurisprudencia, al momento de la exégesis contractual. Ésta ha sido la política de los tribunales franceses, dejando establecido que la exégesis, no requiere solamente de la voluntad, sino que además de la equidad, que a modo de ejemplo representa a los elementos sociales faltantes y que contempla la judicatura. Algunos tratadistas han impugnado el proceder de esta forma. En cambio nosotros opinamos que es la dirección correcta que debe seguir la jurisprudencia, en lo que concierne a la obligación de seguridad. Es triste y lamentable la actitud pretoriana de la CCF, que siendo prolífica en equidad, la oculte bajo un antifaz de fórmulas clásicas, que hacen mención a la voluntad probable de las partes en el contrato.

En lo que se refiere a la exégesis correctiva de aquellos defectos contractuales, también encuentra su inspiración en la equidad y en un querer evitar la ineficacia de algunas cláusulas, tras la aparición de acontecimientos extraordinarios, en que no repararon los partícipes del contrato al momento de celebrarlo.

2.45 SISTEMA NO FICTICIO

Este sistema tiene la virtud de extirpar de lo exagerado que padecía el sistema puramente objetivo, como por ejemplo, buscar lo que no existe, como es la voluntad psicológica de las partes, dándole importancia a lo que ya contiene el Código civil, que son los elementos objetivos de exégesis.

Pero este sistema exegético, no carece de algunas debilidades, al menos de la forma como ha sido presentado en Francia, ya que varios de sus aspectos y su análisis, evidencia que no ha sido desarrollado en lo suficiente, causando así muchos problemas que no son menos graves.

¹ **RIEG**, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand. Tesis, Estrasburgo, 1958, N° 367, in fine, p. 360. V. **Jean HONORAT**, L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile. Tesis, París, 1967.



2.46 NOCIONES INTERMEDIAS PRESCINDIBLES

A pesar de la eliminación de las voluntades ficticias que propone la doctrina en la exégesis, contradictoriamente no elimina las virtudes, y como dice RIEG: “Los autores modernos, por lo tanto, no dejan fuera el recurso de la voluntad real en la exégesis contractual. Por el contrario, el Magistrado debe consagrar, no tan sólo voluntades expresas y tácitas, sino también lo que GOUNOT y DEREUX denominan, las voluntades virtuales¹.

A pesar de la ánima aversión contra las voluntades ficticias y la necesidad de exégesis, de acuerdo a elementos objetivos, ante la situación de que las voluntades de los contratantes es inexistente, o a veces contradictoria, el exégeta debe indagar sobre la voluntad real de los partícipes del contrato, sea ésta expresa, tácita y a veces hasta virtual. Solamente a las voluntades puramente imaginarias, se insiste en apartarlas de la exégesis.

Cabe preguntarnos ante las consideraciones ya hechas, sino estaremos dando vueltas en círculo, ya que la voluntad tiene alguna de las dos calidades, esto es, es o no es real. Inútil sería contemplar toda una gama de voluntades, es decir, desde la real a la ficticia, con varias categorías intermedias. Además, no vemos ninguna ventaja en el elaborar una escala de voluntades que no nos ayudaría para nuestros propósitos.

Sólo nos hemos percatado de que existe una jurisprudencia pretoriana, que como ya dijimos, oculta sus pretensiones tras el velo de la voluntad presunta de las partes.

El propósito de instaurar un realismo jurídico saludable, debería transitar hacia el destino de eliminar las supuestas categorías volitivas intermedias, para distinguir solamente la voluntad ficticia y la voluntad real. Ante tal situación, no es lícito pensar, que los fallos se despojarían

¹ Op. Cit., p. 365.



de toda indumentaria verbalista que enturbia el quehacer del la Magistratura. Por el contrario, sustentar la distinción artificial mencionada, conlleva al riesgo de reducir a nada, todos los esfuerzos hechos para instaurar una forma de exégesis realista. Por lo tanto, mientras se mantengan las nociones de voluntad virtual o probable, el exégeta será amo y señor de hacer decir al contrato, lo que a él se le antoje. Creemos que la doctrina no ficticia de exégesis, tendría éxito si se sostuviera directamente. El exégeta debe realizar su labor, de acuerdo a la voluntad real de los contratantes, por supuesto si esta fuere comprobada en el proceso, de lo contrario, ante laguna o silencio en la convención, el exégeta debe realizar su labor objetivamente, y en este caso, no contentándose con una voluntad probable, con la que podría disimular una solución individualista y más adversa, para interés de los partícipes en el contrato, éste recurrirá a valores sociales, como lo son los usos, la equidad y leyes supletorias, por nombrar algunos.

2.47 BUENA FE Y OTROS VALORES

De acuerdo al tratadista DEREUX, en lo que respecta a las reglas del valor social de la buena fe, dice que son aquellas que están de acuerdo con la equidad y con el interés general.

En cambio, para el también tratadista y doctrinario Emmanuel GOUNOT, este mismo valor lo conceptualiza, diciendo que la buena fe nos lleva a una confrontación con la lealtad, pudiendo el Magistrado corregir el contrato que se distancia de este valor. BOSSHART, que no sostiene discrepancias con ninguno de los dos autores ya señalados anteriormente en materia de exégesis, ni con sus ideas al respecto, dice que “a la buena fe, se le puede considerar como la lealtad a la actitud que han adoptado las partes en un contrato, y también como la honestidad de las afirmaciones y promesas hechas en la relación contractual, hechas al momento de su celebración; y que este valor viene a significar la



credibilidad en la lealtad del cocontratante y de toda su actuación desde el comienzo de la convención...”¹.

Después de todos los conceptos, análisis y disquisiciones que se han hecho sobre la buena fe, pareciera ser que estuviera inexorablemente destinada a la relatividad e inexactitud. Sin embargo, si lo que queremos es allanar el camino hacia una interpretación objetiva, sería necesario precisar su concepto.

Su falta de certeza, que todos advertimos a su respecto, parece generalizada a todos o casi todos los valores sociales, susceptibles de que el exégeta los pueda emplear. Si se le espeta al sistema puramente objetivo de exégesis, que produce mucha inseguridad por lo frágil de éste en la indagatoria psicológica, entonces deberemos procurar evitar una crítica parecida, al intentar construir un sistema exegético diferente. Dentro de nuestras posibilidades, será imprescindible definir correctamente los valores objetivos a que puede echar mano el intérprete. Desde este punto de vista y bajo nuestros resquemores, nos aventuraremos a hacer la afirmación con respecto a la buena fe, como un elemento de exégesis, de que ésta se traduce en adjudicar al contrato, el sentido que las partes le hayan dado, siempre que sea lícito y conocido; a falta de estos elementos, se le adjudicará el normalmente admitido, para tal o cual tipo de contrato. Cuando hablamos del normal sentido, nos referimos al alcance que le daría al contrato, un hombre probo, un hombre medio e inteligente, en el sentido normal de la acepción. Esto con respecto a implicancias y alcances usuales, si hay usos; y si no los hay, tendremos que entender que lo normal, será reemplazado por el sentido equitativo, puesto que la equidad es el sentimiento de lo justo y de lo injusto, que no le es inoponible al hombre medio, ni extraña. Habida las consideraciones expuestas, entendemos a la buena fe, como una regla referencial o marco de la exégesis, que conduce a efectuarla conforme a la voluntad real de las partes en el contrato, como también de acuerdo a

¹ **BOSSHART**, L'interprétation des contrats, tesis, Ginebra, 1939, p. 123.



Universidad de Cuenca

Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica de los Contratos en Ecuador, Chile y Latinoamérica, en relación con Francia, Italia y Alemania y sus diversos Sistemas.

los usos sociales, y cuando ya nada más quede, tendrá que, conforme a la equidad, realizar su difícil labor, el exégeta.



TERCER CAPÍTULO

LA ADHESIÓN

3.1 DEFINICIÓN

Contratos por adhesión, son todos aquellos en que existe una previa redacción unilateral de sus cláusulas por parte de uno de los contratantes, por medio de formularios, impresos, pólizas o modelos preestablecidos, y al otro contratante sólo le es permitido declarar su aceptación o rechazo. En estos contratos no caben las tratativas preliminares.

La ley del consumidor, también debido a su importancia, la ha definido (Ley N° 19.496, artículo 1°, N° 6), diciendo que: "Contrato de adhesión: es aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor, sin que el consumidor, para celebrarlos, pueda alterar su contenido".

Habiendo ya definido este tipo de contrato, expresamos que demás está decir que el contrato en cuestión, ha dado motivo a innumerables discusiones y controversias muy ásperas y por supuesto grandes polémicas, respecto a la naturaleza jurídica de esta especie de convenciones, que incluso han llegado a desechar o negar la existencia de este tipo de contratos.

A continuación, haremos un pequeño análisis sobre el contrato por adhesión.

3.2 CONFLICTO

El exceso de libertad contractual, preponderante e imponente, dondequiera, hasta hace no muchísimo tiempo, ha dado paso a los contratos dirigidos. Cabe decir aquí, que éste es un ejemplo paradigmático, que deja claramente ilustrada la decadencia que ha sufrido la autonomía de la voluntad, como principio pilar y rector de la celebración de todos y cada uno de los contratos. Debemos señalar, que tanto en su



conclusión como en su contenido, se manifiesta el dirigismo en los contratos.

En ciertos casos, se ha visto afectada la voluntad individual, esto es, de uno de los contratantes, al momento de concluir el negocio jurídico, por la exigencia de una previa autorización, o lo que es peor, por verse conminado a contraer una obligación contractual¹. Pero, lo que más nos preocupa, son los sabotajes que recibe el contenido del contrato.

Cuando nos encontrábamos en el ámbito y bajo las reglas del juego de la concepción tradicional contractual, observábamos, cómo las cláusulas de las convenciones se discutían libremente por las partes, y el escenario donde se movían éstas, soberanamente era fijado por ellas mismas. Era suficiente con no transgredir las normas de orden público y las buenas costumbres. No obstante, desde hace más o menos un siglo y medio, ha aparecido un nuevo tipo de contrato. En éste, ya no tiene cabida la discusión sobre el texto del contrato, más bien, es todo lo contrario, ya que prima tan sólo una voluntad, que corresponde a una de las partes que sirve para su redacción. Esta sola voluntad dicta el contrato, sin que su cocontratante, tenga participación alguna en la elaboración del mismo, y solamente se limita a aceptar. Siendo así de escandaloso este contrato fenómeno de la adhesión, el doctor en derecho y eximio tratadista, SALEILLES, en indignación contenida y con voz destemplada, en el pasillo del claustro universitario donde dictaba algunas cátedras, le espetó a un colega suyo, lo que posteriormente quedaría plasmado, en su también insigne obra, y que es lo que sigue, a modo de denuncia: “Hay unos pretendidos contratos que no tienen de contrato más que el nombre, y cuya construcción jurídica está por efectuarse; para los cuales, en cualquier caso, las reglas de interpretación individual, deberían experimentar ciertamente, importantes modificaciones; trátase de aquello que podría llamarse, a falta de algo mejor, los contratos de adhesión, en

¹ Nos hacemos eco en este punto, a lo que nos dice el gran profesor doctor **René SAVATIER**, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1ª Serie, 3ª ed., 1964, N° 71 y ss., y del profesor doctor RIEG, Op. cit., N° 207 y ss.



los cuales hay predominio exclusivo de una sola voluntad que actúa como voluntad unilateral, que dicta su ley, no ya a un individuo, sino que a una colectividad indeterminada, obligándose por anticipado, unilateralmente, a la espera de la adhesión de los que querrán aceptar la ley del contrato, apoderándose de este compromiso ya creado sobre él mismo”¹.

La reticencia de muchos autores para con el contrato de adhesión, entre ellos, el doctor en derecho George RIPERT y el también doctor en derecho Jean BOULANGER², que sin perjuicio de reconocer la expresión contrato de adhesión y de que ésta ha hecho fama, afirmar que no es precisa en su sentido y aceptación y al parecer, a pesar de lo dicho y por ser necesario, se puede resaltar una que otra característica de los contratos mencionados. Es menester para analizar su naturaleza jurídica, establecer algunas señas, que permitan reconocer estos contratos. De esta forma además, se podrá hacer la diferencia en lo concerniente a este estudio, del contrato tipo y del contrato de adhesión.

Es evidente que los tratadistas, doctrinarios y doctores del derecho, reconozcan que existe el contrato en estudio, allí donde la oferta exhibe con distinción las siguientes señales: Refiriéndonos a la generalidad, la oferta se dirige a todo un conglomerado de eventuales contratantes; ahora, en cuanto a la permanencia, diremos que la oferta estará latente, mientras su autor no efectúe en ella, modificaciones de ningún tipo; y la más obvia de todas, se refiere a la minuciosidad, donde encontramos a la convención con todos sus elementos, incluso los más hipotéticos, que por ello son reglados; y entonces encontramos una detallada oferta, en todos sus aspectos.

Así pues, encontramos en muchísimos contratos, como el de seguro de transporte, agua, gas y abastecimientos, por nombrar algunos, en el que las tres señales ya mencionadas, se encuentran en estos diversos contratos de adhesión. Siendo así, no es extraño que este

¹ *De la déclaration de volonté*, París, 1901, p.229.

² **RIPERT Y BOULANGER**, Op. cit., T. II. Para BOULANGER (Cfr. Encyclopédie Dalloz, Droit Civil, voces: “*jurisprudence*”, “*contrats et conventions*”. RIPERT, la règle morale dans les obligations civiles, París, 1949.



contrato fenómeno, como lo estigmatizara SALEILLES, pueda presentarse en una única convención entre dos personas. De esta manera, la policitación ya no tendrá las características señaladas *ut supra*.

Concluiremos entonces, temporalmente, que la señal definitiva del contrato en cuestión, se encuentra en otra parte, y éste no es más ni menos que el poderío económico que provoca el desequilibrio entre las partes. Por este mismo poderío económico, podemos afirmar que el que hace la policitación, está en posición de imponer las condiciones en el contrato, con respecto al destinatario.

De tal forma que el contrato por adhesión, es obra solamente del oferente, que impone en la convención su tenor literal. Y como el más débil no puede discutir la oferta, y nos referimos al destinatario, debe ineluctablemente circunscribirse a ella.

Habiendo dicho lo anterior, concluimos que prácticamente, el destinatario no tiene alternativa ni salida, y debe inexorablemente contratar, aunque las cláusulas y el contrato, *ad integrum*, le desfavorezcan. Es como si el común de los mortales, pretendiese prescindir de un determinado medio de transporte para desarrollar sus actividades. No podría dejar, aunque así lo quisiese, de contratar, si este transporte le fuera imprescindible.

Algunos tratadistas como RIEG, MARTY y RAUNAUD, consideran sinónimas las expresiones de adhesión y contrato tipo¹. Y esto no es así, y lo explicaremos².

Este contrato como acabamos de ver, está relacionado directamente a la desigualdad en el poderío económico existente entre los contratantes, a diferencia de la concepción del contrato tipo, que nos dice

¹ RIEG, "Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIXème siècle", *archivos de filosofía del derecho*, T.III, París, 1957, p.125 y ss. In fine. MARTY y RAYNAUD, "Droit civil, T. I, 1er vol., París, 1962"... los contratos denominados de adhesión, a veces también llamados tipo".

² LEAUTE : "Les contrats types" in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1953, p. 427 y ss.



que se forma de una manera muy sui géneris, a partir de la necesidad de que exista un primer contrato que determina un modelo, que tiene por objeto servir de base a otros contratos, que se perfeccionan más adelante. Como ya adelantamos, el contrato de adhesión, puede nacer a la vida del derecho, por medio de una convención única entre dos particulares, aunque lo frecuente, es que uno de los partícipes del contrato, no sea un particular, sino una empresa, cuya policitación reúna las tres señales aludidas anteriormente. En cambio, cuando se habla de un contrato tipo, se habla de un modelo que será reproducido sin grandes alteraciones y es más, puede quedar tal cual, sin efectuar en él, modificación ninguna, en diversas ocasiones, y cada uno se entenderá, como si se hubiese pre redactado el contrato.

No es ningún misterio, el encontrar en los contratos tipo una utilidad, y no cabe duda de ello. Como en estos días es muy usual la uniformidad en las relaciones jurídicas, y es lo que caracteriza al derecho, por lo tanto, no nos extrañe que los contratos redactados en serie, terminaran por prevalecer.

Las negociaciones precontractuales y su fase de duración, por razones obvias se han reducido ostensiblemente, y en algunas ocasiones, simplemente han desaparecido. Producto de ello, se ha logrado una simplificación de las transacciones y una economía de tiempo. Además, han paliado los efectos de muchas disposiciones inadaptadas a las nuevas circunstancias de la práctica o que adolecen en demasía de generalidad, los contratos tipos han sido motivo de la llegada de reglas más acabadas. Por citar un ejemplo, observamos que en el comercio internacional, los contratos tipo han venido a evitar los conflictos de leyes en el espacio, como ocurre con los conocimientos de embarque tipo.

Luego de lo presentemente observado, por la naturaleza jurídica de los contratos por adhesión, nos formularemos algunas interrogantes, la que ve en ello un acto contractual y la que lo considera un acto unilateral, siendo sustentadas éstas por dos teorías.



Como hemos dicho, SALEILLES, para quien estos “no tienen de contrato sino el nombre”, adhiere a la tesis anticontractual, es decir, como acto jurídico unilateral; DUGUIT y HAURIOU, conspicuos publicistas, han hecho sus alcances sobre la tesis señalada, que por ahora, nos vamos a abstener de comentar.

3.3 *PERSPECTIVA UNILATERAL*

El consentimiento involucra casi por definición, una discusión entre los partícipes del contrato, muchas veces áspera, surgiendo un acuerdo al terminar ésta. No puede concebirse sin un cambio previo de opiniones, la voluntad común de las partes, lo que denota que aquellos que participan en él, lo hacen estando en un plano de igualdad de situación. A estas alturas, demás está decir, que nada de esto existe en los contratos de adhesión, donde no hay, ni igualdad entre las partes ni discusión que se dé a lugar. Todo lo que sucede en este contrato, es por voluntad del oferente. Ya sabemos también, que el aceptante tiene una aquiescencia casi inexistente, y sólo se limita a lo esencial, en lo que a sus elementos se refiere, cuando tiene, por llamarlo así, ese privilegio.

Nos preguntamos ahora, qué tiene de contractual el contrato de adhesión, si la voluntad del oferente constituye la ley del acto jurídico en cuestión. De acuerdo a lo visto hasta ahora, diremos que es un acto jurídico unilateral (hablando con el alma e intelecto de DEREUX), al menos por el momento, y que solamente pretende ser un contrato; con la sola salvedad que produce efectos, a favor o en contra, de aquel que adhiere con su firma. El pensar que este contrato puede mutar en bilateral, cambiando su naturaleza, es un pensamiento ilusorio¹. Esta idea también la tiene DEREUX, en su obra en cita.

Varios ejemplos nos pueden ilustrar claramente de las situaciones producidas, como por ejemplo, el ya aludido transporte, el seguro, el contrato de trabajo, en donde no se ve, o al menos no se veía, en los

¹ **DEREUX**, “De la nature juridique des contrats d’adhésión”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1910, p. 512.



tiempos en que estas discusiones se realizaron, por una parte, más que particulares, poco competentes y con una capacidad económica débil, y por la otra, instituciones, empresas poderosas, o al mismo Estado, que sacando provecho de su posición privilegiada y dominante, se imponen sobre los particulares. ¿Cómo se puede creer que un particular, cuando acude a una multitienda, acepta libre y conscientemente, todo el contenido que el contrato tiene, esto para poder afiliarse y obtener una tarjeta de crédito, y entender esas largas páginas impresas en caracteres minúsculos, y escrito de una forma y estilo difícil de comprender, estas obligaciones impuestas en tan gran número, que es casi imposible respetarlas completamente, con cláusulas que gravan al particular, con intereses verdaderamente de usura, que hacen ante una moratoria, imposible su pago. En esta misma perspectiva, podemos mencionar también, los contratos de seguros, e incluso, los de trabajo.

Visto desde este ángulo, y de acuerdo a lo precedentemente analizado, no nos queda más que decir, que estos contratos de adhesión, son actos jurídicos unilaterales de naturaleza reglamentaria, emparentados con los reglamentos emanados del poder ejecutivo, y aunque provengan de grupos privados, en principio, al menos, son obligatorios.

Lo que se persigue, o mejor dicho, persigue esta teoría, es premunir al juez de una visión analítica más amplia, o dicho de otra manera, de un poder de apreciación, como el de aquel que gozan los contratos de libre discusión, los mismos que el juez no puede dejar de respetar, ya que como lo contempla el artículo 1134 del Código Civil Francés, al establecer el principio de su fuerza obligatoria, le prohíbe adoptar una actitud diferente.

Por el contrario, en lo concerniente a los actos por adhesión, el Magistrado podría estar investido del poder, para repugnar o dejar sin efecto, las cláusulas draconianas dictadas por el dueño del contrato, o mejor dicho, el autor del reglamento, cuando fueren contrarias a la equidad, como por ejemplo, y como ocurre, las cláusulas que establecen



un reglamento interno de trabajo, con multas desmedidas para sancionar las faltas del trabajador, de tal forma, que a lo que al juez empee, no le fueron obligatorias estrictamente las cláusulas, ni el mismo contrato de adhesión.

Este postulante está cierto, de que lo que va a decir a modo de ejemplo, pudiere parecer que está confundido, y de que en definitiva es una monstruosidad jurídica lo que va a exponer, pero lo hace basado en un principio quimérico, que el derecho siempre debe tratar de alcanzar, y éste es el principio y bien jurídico supremo, que es la justicia. Habiendo dicho esto, me pregunto: ¿Qué de diferente tiene la labor del prestamista, que si bien es cierto, sus intereses son más altos que los del mercado, viene en definitiva a solucionar el problema de muchas personas, que no teniendo crédito en el mercado formal, tienen que acudir a ellos por necesidad y desesperación? Nadie está obligado a acudir a un prestamista, y cuando lo hace, lo hace “por voluntad propia”, que como ya dije, para satisfacer una necesidad, aquí y ahora, donde el mercado y la institucionalidad formal del derecho, le han cerrado las puertas, siendo así, me vuelvo a preguntar: ¿Qué diferencia hay entre el prestamista y las casas comerciales, que con intereses usureros y juicios ejecutivos draconianos, afectan posteriormente la vida del deudor, pero esta vez dentro del marco de la institucionalidad jurídica? ¿Qué acaso aquí no hay voluntad exteriorizada de parte del deudor con respecto al acreedor-prestamista?

Este postulante cree, que aquí hay más voluntad, o si se quiere, no menos que en el caso de los contratos de seguros, o en ciertos contratos laborales, o en el caso en el que he dado un ejemplo referente a los contratos con las casas comerciales y las multitiendas, donde la necesidad imperante es más que manifiesta.

Por ello, es que como ya se arguyó en esta tesis, es necesario darle al juez más que armas o herramientas o prerrogativas, e investirlo de ellas, para que, en muchas ocasiones, pueda llegar a cambiar los términos del contrato, e incluso poder llegar a anular los mismos, y aparte



de hacer pagar al deudor, lo que en justicia correspondería, llegar incluso a cobrar multas también draconianas, a estos usureros institucionalizados, por medio de una sentencia.

Habida consideración de lo ya dicho, ¿de qué voluntad se habla, cuando de contratos de adhesión se refiere? Yo sé que son un mal necesario, pero hay que ser más estrictos en normar este contrato fenómeno, como lo llama SALEILLES, entre otras cosas (“Contrato que no es contrato”).

3.4 PERSPECTIVA CONTRACTUAL

Que los contratos en estudio, posean una naturaleza jurídica diversa de los contratos de libre discusión, no ha sido admitido al menos por la mayoría de los tratadistas. El hecho que estos contratos requieran de la voluntad del aceptante, según los defensores de esta postura, hace que este contrato tenga dos voluntades, la del aceptante y la del policitante. A decir verdad, la adhesión es una forma sui generis de aceptación, pero, que así todo, descansa sobre la voluntad del oferente. Así mismo, sus defensores sostienen que si la formación del acto requiere de la voluntad de oferente y aceptante, no es efectiva la tesis, que ve como un acto unilateral, a la adhesión. El mayor adversario de la doctrina unilateral, es RIPERT, quien sostenía: “Poco importa que la voluntad esté sujeta si ella es consciente y libre. Sin duda, los concesionarios privilegiados, transportadores, aseguradores, patrones, todos aquellos que gozan de un monopolio de derecho o de hecho, fijan anticipadamente y de modo rígido, su inmutable voluntad. Pero, jurídicamente, los usuarios, viajeros, cargadores, obreros, dan un consentimiento que tiene un valor igual. Para la formación del contrato, la ley exige dos consentimientos; ella no mide en el dinamómetro, la fuerza de las voluntades”¹.

¹ RIPERT, “*La règle morale dans les obligations civiles*”, 4ª ed., 1949, p.100.



Cuando el rol de la voluntad del aceptante se reduce a la nada en el acto unilateral, se cometería un desaguizado de palabras mayores, por decir lo menos, ya que se apartaría de la realidad de las cosas, en especial de la del contrato de que se trata.

Es innegable que las partes no participan en un plano de igualdad, cuando perfeccionan el contrato de adhesión, en lo que a las voluntades se refiere. Ahora bien, no existe ninguna razón para afirmar, que el valor de las voluntades jurídicamente es el mismo, si en la realidad tienen un valor diferente. No es fácil echar por tierra la doctrina de SALEILLES, ya que todavía no avizoramos su fracaso. Pareciera ser, ya que ninguno está seguro, que los motivos de su fracaso, se encontrarían en la excesiva extensión de la idea que él tiene, al conceptualizar y desarrollar la adhesión como tema contractual en sí mismo, y como crítica, que como ya vemos, no ha sido desacertada.

Si la oferta fuese general, y no a un sujeto determinado, y todo esto, fuese fruto de un acuerdo en encontrar aquí la adhesión, sólo entonces, no tan sólo los contratos de adhesión corrientes, sino que también otros bastante numerosos, estarían proscritos del derecho común, si fuesen así entendidos.

Sólo nos queda por agregar para ilustrar este punto, los ejemplos ya dados *ut supra*, y que se refieren a contratos formados *intuito rei*. Si se modificase el ordenamiento jurídico positivo, en el sentido de convenir y remitirse a los contratos por adhesión, esto no podría ser indiscriminado, con respecto a todo tipo de convenciones; sería necesario limitar cuestiones importantes al respecto, lo que no se ha conseguido, a pesar de todos los esfuerzos.

Como los contratos de adhesión son caracterizados por las desigualdades económicas, tristemente nos percatamos de que este punto, no tiene suficiente fundamento para el estudio al que nos abocamos. Lo que si debemos señalar, en honor a la verdad, es que todos los contratos, de una forma u otra, tienen este elemento de



desigualdad económica. SALLE DE LA MARNIERRE, aparentemente, alguna razón tiene cuando señala: “La definición de una institución jurídica, necesita el concurso de elementos extremadamente precisos y estables; ahora bien, la única particularidad del contrato de adhesión, que puede justificar una definición, es la preponderancia de uno de los contratantes sobre el otro; pero, si tal definición puede bastar en el terreno económico, resulta por completo insuficiente en el terreno jurídico, en razón de su imprecisión cuantitativa y en razón de que es, antes que nada, un accidente económico”¹.

Si por un instante, hacemos de cuenta, que concebimos a la teoría de la adhesión en el concepto unilateral ya visto, y este concepto fuera el aceptado por la doctrina en general, ¿se ganaría algo para el contratante más débil? ¿Quizás una protección más eficaz? Nada se puede asegurar, toda vez que, en esta teoría siempre ha quedado consagrada, de buena o mala gana, un desnivel en las partes, el que siempre ha favorecido, en cierta medida, al peticionario. No es ningún misterio, que esta teoría requiere que se le reconozca al juez un abanico de posibilidades y un poder más elástico, pero los que entienden la adhesión como concepto contractual, que es la opinión dominante, dicen que no existe la posibilidad de entregar al Magistrado, facultades de estatuir *ex aequo et bono*, y menos sentenciar *ad nutum*, ciertamente dentro de lo posible, y así habilitado en la *decisoria litis* para determinar que algunas cláusulas no se pueden aplicar, ya que así entendido, se insertaría una gran inseguridad en las relaciones jurídicas, y por otro lado, si se trata solamente de juzgar en forma muy restrictiva lo que dicta la equidad, al aplicar los contratos en comento, concluiremos que no es necesario para obtener este resultado, abandonar el terreno contractual, ya que por disposición del artículo 1135 del Código de Napoleón, se permite obviamente, considerar a la equidad en todas las relaciones contractuales.

¹ SALLE DE LA MARNIERRE. “*L’évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*”, tesis, París, 1930, p.58.



Hemos visto una selección de ideas que conciernen a la naturaleza jurídica de los contratos por adhesión; y si bien, en las guerrillas que sustenta la doctrina, ha vencido la teoría contractual, de ninguna manera nos hace pensar, que se confunden los contratos ordinarios con los de adhesión, al menos en forma completa.

3.5 EXCLUSIVIDAD EXEGÉTICA

Al analizar los contratos de adhesión, SALEILLES hizo muchos alcances, pero el más importante, fue el referente a la voluntad, a propósito de sus contratos, afirmando que: “Lo que debe constituir la interpretación, no es ya la búsqueda de una voluntad intermedia, que pueda representar la voluntad común de ambos contratantes — sino que la intención de la única voluntad, que ha sido predominante, que sola ha formado el compromiso”¹, él no propuso, sin embargo, un sistema preciso para la interpretación de estos contratos.

Transcurrido el tiempo, y un poco más tardío, se empezó a formar una doctrina, que vendría a dar respuesta, a lo que SALEILLES no dio una solución definitiva. Esta doctrina, es la que forjó el respetable doctor en derecho y profesor, señor Georges DEREUX, que tras haber ganado su doctorado en París, con la Tesis intitulada “*De l’interprétation des actes juridiques privés*”, ya como tratadista, en una de sus insignes obras, llamada “*De la nature juridique des contrats d’adhésion*”, dejó verter su intelecto, para que hiciéramos las disquisiciones que, a continuación, este postulante va a exhibir: Hacemos hincapié, que en los contratos en referencia, el exégeta no debería indagar la común intención de los partícipes en el contrato, pues ella no se hace presente, más que para una o dos cláusulas esenciales en el mismo. Tampoco debería tener como punto de partida, ni como sustento, de que por su aceptación, el adherente ha admitido todo lo que contiene la oferta, cualquiera que ésta sea, ya que si así fuese, se dejaría en manos de los policitantes, un poder

¹ SALEILLES, “*De la déclaration de volonté*”, París, 1901.



que los llevaría indefectiblemente, o al menos con frecuencia, a los más perniciosos excesos.

Para finalizar, la respuesta a este incordio, no parece encontrarse tampoco, concediéndole al Magistrado, amplia libertad de exégesis, que podría llevarnos a una anarquía de tipo legal. Sería muy temeraria la postura de ciertos exégetas, dándole sistemáticamente la razón a los adherentes, como si de un dogma de fe se tratase. Solamente cabe preguntarnos, trasladándonos en el tiempo, aunque algunos todavía lo hacen, de cómo salvar este problema. Para esto, hacemos presente que, como siempre en derecho hay que distinguir, y en este caso, hay que hacerlo entre cláusulas principales y cláusulas accesorias, para pensar siquiera en empezar a zanjar el problema. Al respecto, el profesor doctor, DEREUX, dice: “Generalmente ambas partes aceptan a sabiendas y libremente las cláusulas esenciales. En cuanto a las otras, el adherente conoce o comprende mal su tenor, y el alcance que ellas puedan tener, si se las toma a la letra... Por consiguiente, las cláusulas accesorias no deben producir efecto jurídico contra el adherente, salvo si tienen por resultado, precisar o completar las cláusulas esenciales, pero no si llegan a metamorfosear subrepticamente la esencia del contrato. No han sido aceptadas por el adherente, sino con esta restricción tácita. Admitir que una estipulación presentada al público como accesoria, pueda, en amplia medida, transformar en ilusorio el acto concluido, importaría violar, a la vez, una verdadera condición tácita del contrato y el principio del respeto de la buena fe”¹.

En razón a la verdad, y en consideración a la doctrina, obligados estamos en decir, que el profesor doctor DEREUX, a pesar de no estar equivocado, sino que sólo parcialmente, su doctrina no ha tenido éxito, debido y principalmente, a lo difícil que es hacer una distinción en materia de contratos, entre cláusulas esenciales y cláusulas accesorias, y a lo fácil que es caer en arbitrariedad que la distinción en sí misma conlleva.

¹ **DEREUX**, “De la nature juridique des contrats d’adhésion », 1910, p. 503 y ss., V. su tesis, p. 216.



Pero como reza el viejo adagio, “a siete males, siete virtudes”, el profesor doctor, doctrinario y tratadista, RIPERT, también volcó su pensamiento en el siguiente escrito: “Sería vano buscar la solución de este problema (la desigualdad económica de los contratantes) en la interpretación más o menos amplia o estricta de las cláusulas del contrato, por el juez encargado de aplicarlo. No se puede ir muy lejos por esta vía, so pena de una temible arbitrariedad”¹. Estos contratos en estudio y su exégesis, se llevan a lugar en la práctica francesa, de acuerdo al mismo sistema subjetivo que hemos venido examinando latamente, desde el comienzo de esta tesis, sobre todo, a propósito de los contratos ordinarios de libre discusión. Pero, como veremos en lo sucesivo, que debido a la carencia de un método exclusivo, al menos acabado, para la exégesis de los contratos en cuestión, se nos hacen presente, unas pocas reglas exclusivas, que al menos llevan a paliar esta situación, que tiene graves connotaciones en sus consecuencias².

3.6 EXÉGESIS EN FAVOR DEL MÁS DÉBIL

El peticionario considerativamente goza de una ventaja, al tener la facultad de redactar el contrato, y siendo así, puede elegir las cláusulas del mismo a su arbitrio. Dicho esto, veremos que si en la exégesis contractual no se debe considerar, al menos directamente, la superioridad económica del peticionario, a *contrario sensu*, su participación

¹ **Georges RIPERT**, “La règle morale dans les obligations civiles, 4ª ed., París, 1949, p. 192 y ss.

² El moderno Código Civil Italiano ha venido, en cambio, a consagrar en cierta forma la distinción de DEREUX. Ello, pues, respecto a los contratos por adhesión, distingue ciertas cláusulas “accesorias” que únicamente cobran valor si son específicamente aprobadas, por escrito, por el adherente; no basta, pues, para que sean eficaces, que figuren en los formularios, en el contrato cliché impreso con anterioridad a la adhesión. Dice el artículo 1341, parágrafo 2 del Código mencionado: “En todo caso no tendrán efecto, si no fuesen específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establezcan a favor del que las ha dispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o suspender su ejecución, o sancionen a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones con terceros, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial”. Puede ser que, en efecto, la distinción jurisprudencial entre cláusulas principales y cláusulas accesorias ofrezca inconvenientes; la enumeración legislativa de algunas cláusulas accesorias cuya eficacia queda supeditada a la real aceptación de su tenor por el contratante más débil, parece ser, en cambio, un buen medio para restablecer el equilibrio contractual.



omnipresente en la confección del tenor literal del contrato, esto se debe compensar, por lo que tiene a lugar denominar, “el riesgo de la redacción”. Como éste dispone la iniciativa contractual y también la facultad de estampar el texto de la convención, y nos referimos al oferente, es lógico y equitativo, responsabilizarlo por la obscuridad o ambigüedad de la convención, que a nadie consta, a pesar de lo que prescribe el principio de la buena fe, que tenga algún grado de dolosidad. La redacción del texto contractual es muy significativa, y más aún, un privilegio, y aún teniendo en cuenta que el peticionario casi siempre, tiene a su cargo un personal calificado, él mismo debería estar obligado a permitirle al cocontratante, otras fórmulas desprovistas de obscuridad y ambigüedades, siendo estas últimas, las que, en definitiva, tergiversan en el fuero interno, la entelequia de la parte más débil, y en definitiva lo llevan a firmar el contrato. Ante esta situación, si la fórmula propuesta no es precisa ni clara, nos encontramos frente a un contratante, cuya buena fe está sujeta a duda, y frente a un aceptante, que con esfuerzo, sólo ha podido entender la cláusula ambigua, en el sentido y forma que le resulta más favorable; si la cláusula expuesta a litis está reglada por los usos comerciales, nos referiremos a éstos, y si esto no es posible, será justo hacer pender sobre el peticionario, la responsabilidad que en él recae, los efectos de su mala fe o de su culpa.

No nos olvidemos, de que estamos frente a un caso de contratación sui géneris, donde la solución que se da, es diversa de la normalmente admitida. No nos olvidemos, que el exégeta, cuando no puede develar la intención común de los partícipes en el contrato, por medio de elementos tanto intrínsecos como extrínsecos a las deposiciones, al final del día, este exégeta deberá fijar el sentido de la convención, refiriéndose a los principios que la equidad inspira, lo que ya analizamos desde hace mucho, al referirnos a la equidad, como elemento de exégesis. Esta es la razón, de que el artículo 1162 del Código Civil, varias veces evocado, preceptúa: “En la duda, la convención se interpreta contra el que ha estipulado y a favor del que ha contratado la obligación”,



en otras palabras, se privilegia al deudor por sobre el policitante, en este caso.

En este otro caso, cuando de contratos de adhesión se trata, la preferencia es para el aceptante, aclarando por cierto, que éste puede no ser el deudor, sino más bien, el acreedor de la cláusula *ad litem*. Obviamente, el exégeta de un contrato por adhesión, se remitirá al mismo procedimiento que le impone el sistema clásico, en lo referente a contratos ordinarios. Tema ya latamente explicado por este postulante en esta tesis (artículo 1162 y otros del Código Civil Francés).

Sin perjuicio del silencio que guarda el Código de Napoleón, respecto a esta particular regla a la exégesis contractual por adhesión, igualmente la jurisprudencia ha hecho, en diversas ocasiones, uso de ésta. Por lo tanto, debemos concluir, que no es dudosa su existencia actual.

No obstante, en ocasiones, los tribunales, al emitir una exégesis a favor del adherente, lo hacen fundamentando su fallo, según lo que preceptúa el artículo 1162, aludido *ut supra*, lo que no nos deja de sorprender, ya que este precepto no contiene en nada, aquello que se colige de él por razones pragmáticas.

3.7 PREEMINENCIA DE LO MANUSCRITO POR SOBRE LOS FORMULARIOS

Por la aceptación de un formato cliché, generalmente, y por este medio, se perfecciona el contrato de adhesión. Este formato cliché, previamente redactado, en el que se hayan estampadas todas las cláusulas que el dueño del contrato u oferente, ha querido introducir a su guisa.

Por otra parte, puede acontecer, que al concluir la convención, los contratantes introduzcan una nueva cláusula que modifique, o incluso derogue, otra cláusula del contrato que había sido redactada previamente. Ante esto, deben tener especial atención, en suprimir del formato cliché,



aquella cláusula preestablecida y repulsiva, generalmente impresa, y estampar la cláusula de la nueva estipulación, que por lo general es manuscrita; de lo contrario, nacerá un conflicto engendrado por la oposición existente, entre la cláusula manuscrita y la impresa.

Como todos los juristas y doctores del derecho muy bien saben, que cuando se trata de un contrato de libre discusión, lo que le corresponde al exégeta, es procurar conciliar en la convención, todas aquellas disposiciones contradictorias¹. La solución es diversa cuando se trata de un contrato por adhesión. Sabemos que la piedra angular de la función interpretativa, es el principio del respeto de la voluntad común, y en países como en Francia, es de común ocurrencia preferir lo manuscrito por sobre la clausula redactada previamente, e impresa en el formulario; la manuscrita es la genuina expresión de la común voluntad de los contratantes, ya que es estampada en el contrato, en el mismo momento en que este concluye, y que por lo general, el estampe es hecho de puño y letra de los partícipes en el contrato; concluimos por lo tanto, que la cláusula manuscrita deroga, a la que posiblemente, con artería, anticipadamente fue establecida en el formato cliché, prácticamente común de estos policitantes. Todo esto tiene una razón muy simple, como ya lo habrán advertido, y es porque en lo concreto, tiene que quedar mejor reglamentado por una cláusula discutida, que por una cláusula abstracta confeccionada *a priori*, en el aire, y quien sabe, si con artería. (Y al igual que SALLE DE LA MARNIERRE, este postulante, siendo dueño de su tesis, y responsable de la misma, se reserva el derecho de abstraerse, aunque sea un poco, del principio de la buena fe, en este tipo de contratos por adhesión.). El hecho de que la jurisprudencia la haya consagrado, no nos debe extrañar bajo ningún respecto².

¹ El artículo 1161 del Código de Napoleón dispone: “Las cláusulas de las convenciones se interpretarán las unas por las otras, dándole a cada una el sentido que resulte de la totalidad del acto”. Es la regla de armonía de las cláusulas, del mismo modo consagrada en otros códigos, v.gr.:Código Civil Chileno (artículo 1564) y Código Civil italiano (artículo 1363) y Código Civil Ecuatoriano (artículo 1607).

² Civ. 31 de enero de 1927. S. 1927. 1. 190; Civ. 23 de junio de 1952. S. 1953. 1. 86; Civ. 10 de junio de 1958. D. 1958 – 585. Nótese que esta misma solución se encuentra legalmente



Nos hemos podido percatar, felizmente, que cuando se trata de cláusulas preestablecidas, pueden quedar sin efecto, en virtud de que se ha introducido en el contrato, cláusulas incompatibles con aquellas, y no podría ser de otro modo.

Ahora tenemos una gran interrogante y más que esto, un problema con respecto a la validez de la cláusula llamada de estilo, que hasta estos renglones, no se le ve la solución en la tesis. Cabe preguntarse si, ¿puede quedar desprovista de eficacia una cláusula preestablecida, que se encuentre impresa en los formatos tipo, y a pesar de que directamente las partes no la han modificado, incluso, a pesar de que para las partes, ésta ha pasado inadvertida?

Comenzaremos diciendo, que la cláusula de estilo, es aquella que es reproducida de común ocurrencia en una determinada especie de contrato, esto, sólo porque figura en los escritos que utilizan profesionales al realizar su redacción. Cabe señalar, que esta cláusula la podemos encontrar, tanto en contratos por adhesión, cuanto en contratos de libre discusión. Agregamos también, que su presencia y su empleo por las partes, o profesionales que los asesoran, requiere de una fórmula, que anticipadamente se redacta. Este cliché, será tomado por lo común de la práctica forense, o de los formularios.

También se ha propuesto una definición por la doctrina, y es la siguiente: “La cláusula de estilo, es una cláusula que figura en la fórmula habitual de la especie de contrato al que se refiere, y que las partes reproducen en su propio contrato, inspirándose en la fórmula, sin que su contenido haya sido, ni previsto, ni querido por ellas¹.”

sancionada por el Código Civil Italiano, en su artículo 1342: “Contrato concluido mediante formularios. En los contratos concluidos mediante la firma de formularios dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las del formulario cuando fuesen incompatibles con éstas, aunque las últimas no hubiesen sido canceladas”.

¹ **André LECOMPTE**, “*La clause de style*”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1935, p. 320.



Para que una disposición en el contrato sea calificada como “de estilo”, es menester que no haya sido objeto de la atención de los contratantes, y que en ella, no se encuentre involucrada la voluntad de éstos. *A contrario sensu*, si ambas partes hubiesen querido esta cláusula, se estaría hablando de una cláusula ordinaria; o de una cláusula por adhesión, si el policitante y su imponente voluntad la hubiesen incluido.

No hay duda que la interpretación y la cláusula de estilo, convergen en un punto. Si bien es cierto, que la cláusula en cuestión, tiene como característica el no haber sido querida por ninguno de los partícipes en el contrato, pero esta característica no puede darse por establecida *a priori* por los tribunales, éstos solamente se remitirán a verificar en el proceso, la inexistencia de voluntad de los contratantes, respecto al tenor literal de estilo y a la cláusula que éste involucra, lo que sólo puede ser el resultado de la interpretación contractual. Por lo tanto, no es factible, atribuir el carácter de estilo, a una cláusula en la práctica judicial, sin previamente hacer la exégesis del contrato que la contiene, lo contrario sería *a fortiori*, una incongruencia.

El valor o eficacia de la cláusula en comento, es otro aspecto que nos concierne, ya que luego de la exégesis, es calificada de estilo. Desde luego, que no queremos tratar este problema a cabalidad, pero si pretendemos esbozarlo, para así aclarar algunos puntos.

Existe mucha vacilación por parte de la jurisprudencia, cuando se refiere a la eficacia de la cláusula que nos ocupa. Si bien es cierto, en algunas sentencias se le declara válida, y por lo tanto, haciendo que produzca plenos efectos, en cambio, en otras desechan de plano su validez. Por lo tanto, no debemos extrañarnos que se haya escrito: “De todas las nociones jurídicas, la más fugaz es quizás la de la cláusula de estilo”¹.

¹ **Pierre VOIRIN.** Nota, bajo Bordeaux, 10 de diciembre de 1928. D. 1929. 2. 81.



Ratificando la ineficacia de esta cláusula, podemos decir, que no expresa, bajo ningún punto de vista, la voluntad de los contratantes; y al aplicar, en materia de exégesis, la regla fundamental del artículo 1156 del Código Civil Francés, veremos que ordena preferir la común voluntad de los partícipes en el contrato, al tenor literal del mismo. Pero a esta regla, no se le puede dar el carácter de obligatoria, pues su inclusión en el contrato, simplemente se explica como una sumisión a la rutina, y como el doctor en derecho, profesor, doctrinario y tratadista señala. “La cláusula no ha sido introducida en el contrato, sino porque el redactor se ha adaptado perezosamente a un hábito. Ella no corresponde a la voluntad real de las partes. Debe, pues, ser desestimada; una declaración de voluntad sólo tiene valor para el intérprete, si traduce una voluntad efectiva”¹.

Visto desde otra perspectiva, podríamos preguntarnos, que si a falta de voluntad personal de las partes, ¿no podría considerarse la validez de la cláusula de estilo, toda vez que fue querida e incluida por el profesional, en el tenor literal del contrato? Ya lo dijo el profesor, doctor BOULANGER, que con no poca frecuencia, los doctores o simplemente los abogados de los contratantes, incorporan cláusulas de estilo en la redacción, y por ende, en los actos, por hábito de escriba, simple y llanamente, porque éstas figuran en formularios o modelos prefabricados, en los que “se inspiran” en un acto, muchas veces irresponsable, de irreflexión absoluta. Luego: ¿En qué quedamos? ¿En qué quedó la ética profesional? ¿En qué quedó la acuciosidad que debe tener el letrado o doctor en derecho, o notario, al asesorar a sus clientes? Con estas consideraciones, mal podría afirmarse que los asesores de los contratantes, en forma concienzuda, han consentido (si ni siquiera tienen idea de lo que han puesto en el contrato en el punto *ut supra*) en la llamada cláusula de estilo, que más que cláusula de estilo, en muchas ocasiones, debería llamarse, estilo irresponsable de algunos asesores. Por lo demás, como sostienen los grandes doctrinarios, aunque estas

¹ **Jean BOULANGER**, Enciclopedia Dalloz. Repertorio de Derecho Civil, T. 1., voz “Jurisprudence”.



cláusulas hubieren querido ser insertadas por los profesionales, carecerían de todo valor jurídico, ya que es dudoso, que los contratantes, queden atados por cláusulas de un acto sellado por la intervención de su doctor, abogado o notario, por el sólo hecho de que dicho jurisconsulto, haya querido hacer o darle eficacia, a las cláusulas en cuestión, sin importarle de que sus respectivos clientes, o su cliente, no hubiesen comprendido su sentido, ni avizorado su repercusión jurídica, en las relaciones contractuales.

Los que apoyan la cláusula de estilo, incluso dándole un carácter de obligatorio, hacen la siguiente consideración: que si el artículo 1156 del Código Civil Francés, le da preeminencia a la voluntad real de los contratantes, sobre el tenor literal del contrato, esto no da pábulo, para que pura y simplemente, se pueda hacer abstracción de algunas cláusulas de la relación contractual, con el pretexto de que serían de estilo. *A fortiori*, de acuerdo a lo que preceptúa el artículo 1157, también del Código Civil Francés, “Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, debe más bien entenderse en aquel con el cual puede tener algún efecto y no en el sentido con el cual no podría producir efecto alguno”. Ahora, haciendo alusión a otra crítica de *ut supra*, diremos que no es posible afirmar, que tan sólo las cláusulas que emanan de la serena reflexión de las partes, gozan de eficacia, ya que no nos debemos olvidar, que los individuos que entran en relaciones contractuales, no son siempre sabios juristas, buscan resultados concretos bien determinados, y se dirigen donde un abogado que se encarga de insertar en el plano jurídico, el acuerdo formado respecto a los fines económicos por alcanzar... Las partes dan su adhesión en bloque, a una combinación de medios jurídicos, cuyo detalle no es obra de su voluntad, como tampoco lo son las condiciones generales impresas en las pólizas de seguro, a las cuales, sin embargo, la Corte de Casación, reconoce efecto... tal como un contrato de adhesión produce los mismos efectos que los otros contratos, las cláusulas de estilo, no deberían tener ni más ni menos fuerza obligatoria que las otras cláusulas. Y aún hay más, ya que el artículo 1134, que es uno de los más grandes artículos en materia de contratos del Código Civil



Francés, que consagra el principio de carácter general, de acuerdo al cual, el contrato es la ley de los contratantes, que sólo podría ser ignorado en un supuesto determinado por una cláusula particular que lo derogue, pero ésta no existe de ninguna forma, refiriéndose a la cláusula de estilo. Para finalizar, diremos que el valor y la eficacia de esta cláusula, puede ser producto de una evaluación, de acuerdo a la cual, ésta sería parte del derecho consuetudinario. Y en este caso, puede razonarse, diciendo que la génesis de esta cláusula, siempre es voluntaria; y no nos olvidemos que con el correr del tiempo, su empleo se generalizaría por razones pragmáticas. En ciertos casos, sería la inspiración de reglas de carácter legal, que ratificarían su eficacia. En otros casos, esta cláusula devendría autónoma, en calidad de fuente de efectos jurídicos y corroborando su eficacia, como regla consuetudinaria. Siendo así, la cláusula de estilo, quedaría de esta manera, incorporada en todos los contratos, incluso ante el silencio de los contratantes, a menos que, expresamente, éstos la hubiesen descartado; ante el silencio de los declarantes, esta disposición de estilo ante una laguna contractual, cumpliría un rol supletorio. En el caso de que esta cláusula, formalmente fuese incluida en el contrato, sencillamente estaríamos en presencia de una cláusula pleonástica, aunque no por ello, su validez se vería menoscabada.

A vista y después de esta breve exposición, queda la sensación de lo discutible que es la eficacia de la cláusula de estilo. Más, en el marco del derecho francés, que como ya lo analizamos, la huella del legalismo, tan apasionadamente denunciado por GENY, no ha sido obliterada; resulta francamente muy dificultoso confirmar la fuerza obligatoria de la costumbre *praeter legem*, y por ende, la eficacia consuetudinaria de la cláusula de estilo¹. Debemos agregar y decir, que el sistema en vigor es

¹ Los autores franceses, en general, evitan pronunciarse directamente sobre el valor de la costumbre *praeter legem*. V., p. ej., **CARBONNIER**, Droit Civil, T. I., 7ª ed., 1967, N° 28 MAZEAUD, Leçons de droit civil, T. I, 3ª ed., 2º tiraje, 1965, N° 85 y ss., lugar donde se confunde la costumbre *praeter legem* con la costumbre *secundum legem*: dícese en el N° 92, "... el recurso al uso como fuente de derecho *praeter legem* ha quedado enunciado por el legislador francés, al menos en el dominio de interpretación de los contratos (artículos 1135, 1159 y 1160 del Código Civil)". Además, cuando se atribuye un rol importante a la costumbre es sobre todo pues se vislumbra a la jurisprudencia como fuente consuetudinaria de derecho. V. p. ej., **LEBRUN** in *Repertorio de*



el de interpretación de los contratos, y que a pesar de haber extraído los excesos del sistema puramente subjetivo, se continúa aún así, dando preferencia a la voluntad real de los contratantes, sobre el tenor literal del contrato, y por lógica, debiéramos concluir, que acorde con la doctrina dominante, que la cláusula aludida (no querida por ninguna de las partes) carece de eficacia jurídica, a pesar de todo lo expuesto. En consecuencia, la redacción anticipada de la cláusula, o dicho de otra forma, la cláusula impresa, resultaría ineficaz, al menos es una gran posibilidad, sea porque fue contradicha por otra cláusula que se redactó en el momento de concluir la convención, sea porque la exégesis estima que no obedece a la voluntad real de las partes, o sea, que como cláusula de estilo se califica, quedando en el mismo estatus jurídico, por todo lo señalado *ut supra*.

3.8 RESPUESTA AL CONFLICTO

Los problemas de nuestros tiempos, han dado lugar a una serie de medidas, que en algunos casos, son eficaces, y en otros, son meras expectativas quiméricas, y que como falsa panacea, han venido a paliar los problemas que aquejan a las personas, y siendo más asertivo, a las familias, que con mucho esfuerzo, al menos en la inmensa mayoría de ellas, tienen que lidiar, día tras día, con los abusos de inescrupulosos que ha dado a luz el mercado. El sistema capitalista y el sistema social de mercado, no han dado respuesta a estas angustiosas realidades, es más, les han colocado trampas, que de una manera u otra, y sin temor a hiperbolizar, han hecho aún más angustiosa la existencia de éstas,

Derecho Civil, T. I, 1951, voz “coutume”, donde se hallarán importantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales. El autor menciona (N° 66), entre las reglas consuetudinarias actualmente en vigor, la práctica de *l’astreinte* (medio compulsivo para forzar al deudor recalcitrante al cumplimiento) cuyo origen es completamente jurisprudencial. En la 7ª ed., de 1964, del *Droit civil français* de AUBRY Y RAU — por ESMEIN y PONSARD— se acota, sin embargo, más decididamente (T. I, N° 37, pp. 6d1 y 62): “las costumbres y los usos no son tomados en consideración por el derecho positivo sino en dos series de casos: a) cuando el legislador reenvía a ellos...; b) para interpretar la voluntad de las partes... Parece en cambio difícil, en el derecho francés actual, admitir el valor obligatorio de las costumbres al margen de un reenvío del legislador (costumbres *praeter legem*); tales costumbres pueden solamente ser tomadas en consideración por el juez llamado a llenar las lagunas de la ley, de manera que, en definitiva, será la jurisprudencia de donde la regla obtendrá su fuerza obligatoria”.



constatadas día a día, en sus vívidas experiencias. Es por esto, que el problema al que nos abocamos en este instante, es de carácter social, y que a la sazón, radica en un desnivel producido por la capacidad económica del peticente, en relación con la capacidad económica que tiene el adherente. Esto desemboca en la explotación que los pudientes hacen día tras día, de los que llamaremos, los más débiles; y como el problema que nos ocupa son los contratos, y específicamente en este acápite, los contratos de adhesión, veremos que sin lugar a dudas, el más fuerte, económicamente hablando, se aprovecha del más débil, dentro del mismo contexto. Siendo de esta manera, y así entendido, nos percataremos de que el más fuerte, dicta la ley del contrato. Observando esta realidad, era imprescindible crear las medidas necesarias de carácter jurídico, que tuviesen como fin, evitar los abusos, para de esta manera, lograr una cierta paridad entre los partícipes del contrato en estudio.

Gracias al profesor doctor SALEILLES y a sus escritos, se empezó a tomar conciencia de esta desigualdad que tiene nombre y apellido, y se llama contrato de adhesión; si bien es cierto, el profesor SALEILLES no tuvo éxito, es curioso, cómo, a pesar de ello, logró poner la voz de alerta sobre este fenómeno, que sin lugar a discusión, constituye por sí mismo la teoría moderna, hasta nuestros días. La cuestión fundamental de la teoría moderna, que ha sido incluso estudiada, más no publicada, en la Encíclica Papal Rerum Novarum, que como ya dije, no aparece en el texto de la misma, pero como también dije, consta en las notas previas del Vaticano, hechas por el Papa que confeccionó esta magna obra, que aparte de dar soluciones y en otras esbozarlas, vino a dar una luz de esperanza a esta sociedad enferma, y a mi entender, en una suerte de grito de agonía, que el Papa Juan Pablo II hizo conocida al mundo entero, en un discurso público (Homilía), que reza: “Los pobres no pueden esperar”. Independientemente las soluciones efectivas o no, que en este acápite se puedan dar, y que trataremos de evacuar en la forma más concisa y efectiva posible, para ilustrar el problema y sus posibles soluciones, no nos debemos olvidar, ni por un instante siquiera, de que somos gente de Derecho, es decir, una casta noble que ostentamos este



privilegio, y que, *a fortiori*, ustedes, como doctores del derecho y abogados, tienen la obligación de defender y respetar esta privilegiada condición que la vida les ha entregado, y cumplir con las expectativas que la sociedad espera de ustedes, y que no es más, que el hacer un mundo mejor y más justo. Habiendo dicho esto, sigo con el tema, que afirmo, sin temor a equivocarme, “que a todos nos ocupa”, como gente de derecho que somos, y ustedes como juristas, doctores y abogados, que llevan sobre sus hombros y de por vida, tan grande y noble tarea y obligación, ética y también moral.

Habiendo ya hecho todas las consideraciones con respecto a las falencias y pequeños aciertos en el contrato por adhesión, sólo queda preguntarnos: ¿Dónde está la respuesta a los problemas que le son inherentes?

La solución no está, ciertamente, en entregarle más facultades al legislador, a fin de que este reprima, sobre todo a la parte más fuerte, instruida y poderosa económicamente, ya que lo que concierne a este último punto, es difícil determinar el concepto de desigualdad económica, en forma certera y objetiva.

La solución parece estar más bien, en que el legislador se anticipe a la jugada, y pueda prevenir así, los abusos que se suscitan en el campo de los contratos por adhesión. Esta anticipación, por medio de una intervención, y que ya esbozamos, ha dado a luz a los llamados contratos dirigidos, que era de suma importancia que así fuese, y que ésta existiera. Todo este problema ya había traspasado lo contractual y había tomado forma en el campo social, afectando gravemente a las personas, como por ejemplo, aceptando condiciones de trabajo durísimas, y si no, aceptando remuneraciones miserables. Es cierto, que la sociedad organizada, representada por el Estado, intenta salvaguardar los intereses de los ciudadanos, pero esto, no data desde mucho. Hacemos memoria del 21 de Mayo de 1901, cuando el Presidente del Consejo Francés de Ministros, WALDECK-ROUSSEAU, exclamó ante el Senado:



“Hay, en nuestro derecho, un principio constante: Una ley no puede agregar ni suprimir nada a un contrato concluido entre las partes”¹.

Antes no intervino el legislador, ya que era necesaria la transformación de la concepción del Estado; era necesario que un Estado moderno, limpiara el polvo al Estado pasivo y prudente, como lo era el Estado Liberal. Desde el desarrollo de este fenómeno, hemos sido testigos, de la debacle que ha sufrido la autonomía de la voluntad, símbolo del Liberalismo. Estos acontecimientos, comienzan el distanciamiento entre la concepción clásica del contrato y el contrato real de los años corrientes. Este último, con los supuestos ya descritos, como anomalías de la adhesión, indica, que ya no es hecho de la voluntad de los contratantes, ni siquiera de una de ellas, sino que más bien, un espacio donde la ley reglamenta el contrato. Siendo así, peticionantes y aceptantes, se limitan en consentir su entrada, a un escenario jurídico que ha sido establecido de antemano. De hecho, los contratos en estudio más emblemáticos, se han subyugado a una situación estatutaria de orden público, que anticipándose a la jugada, para así proteger al más débil, hace obligatorias algunas cláusulas, así como también, prohíbe otras.

Estas anomalías de la adhesión, han sido extirpadas de raíz. En forma violenta, estos contratos agredían moralmente a trabajadores y también, en otras sedes, donde estas personas se desarrollaban en sociedad.

Con la nueva concepción, se ha terminado con el propio escenario para transgredir los derechos de las personas y su dignidad. Las personas se encuentran ahora protegidas mediante reglamentaciones de orden público, que tienen su origen en la ley, con el objeto de terminar con las arbitrariedades de los particulares, que ostentaban el poder en las negociaciones de todo tipo, como ya se ha señalado *ut supra*.

¹ Citado por **SAVATIER**, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3ª ed., 1964, 1ª serie.



Desde que adhiere el estatuto legal y a los actos sujetos a condición, el aceptante ya no ignora lo que le aguarda y ya no debe temer trampas de mala información, ni tampoco cláusulas leoninas en su contra, en las que caía víctima de la desinformación y también ignorancia, cuando estampaba su firma en la declaración contractual, burlándose a sí mismo, por el tenor literal del texto del contrato. Evidentemente, todas estas bondades logradas, compensan ampliamente la “pérdida de libertad”, cuando hacía la elección de las cláusulas contractuales, donde generalmente salía perjudicado económica y moralmente. Como sabemos, la autonomía de la voluntad, tiene como corolario, la libertad contractual, que tiende de esta manera a extinguirse. Esta autonomía de la voluntad, ha dado paso al imperio de la ley, previniendo situaciones anómalas para el más débil. Las voluntades individuales, nunca fueron “*el país de nunca jamás*”, y por lo tanto, sobre ellas, ahora, percibimos la soberanía del derecho social, donde existe, como ya lo dijimos, el imperio de la ley, donde por supuesto, predomina ésta, en los términos ya señalados.

3.9 MÁS SALVAGUARDAS PARA LOS DÉBILES

Uno de los autores más prolíficos, y que más satisfacciones me ha dado en mi vida académica, a pesar de que sus razonamientos no siempre han coincidido con los míos, ha sido el respetado y nunca olvidado, decano RIPERT, que en este caso ad hoc, señala: “No porque la voluntad sea débil, se la debe proteger; se hace un sacrificio en beneficio de un pensamiento de baja democracia, cuando se sostiene a los débiles a causa de su propia debilidad”¹; hace aquí, una enunciación, que le produce a este tesista, un malestar y un desagrado no muy frecuente. Lo primero que hay que decir, es que la democracia, por definición, es la defensora de las mayorías, y mucho nos falta a todos, países desarrollados y *a fortiori*, a los países subdesarrollados y algunos, mal llamados, en vías de desarrollo, para que los débiles, desde una óptica económica y también social, dejen de constituir una mayoría. Sin

¹ RIPERT, “*La règle morale dans les obligations civiles*”, 4ª ed., París, 1949.



solidaridad, no podremos conseguir nunca, una justicia real y conmutativa, y ciertamente que los poderes públicos, que son los llamados para la protección de los débiles, deben ser racionalmente criteriosos y no cometer el error sistemático de favorecer a los débiles, solamente por el hecho de ser tales.

La intervención del legislador, siempre será bienvenida para establecer el equilibrio, cuando un contratante está en situación de imponer sus condiciones, a todos los contratantes que están en una misma categoría de eventuales adherentes.

Como el legislador no puede estar, ni ponerse en todos los supuestos de adhesión que se presentan en el día a día, se ve limitado a subsanar los abusos más notorios y de común ocurrencia. Por lo antes dicho, sería bueno construir para los adherentes, una protección de carácter complementario, ya que aunque se trate de un estado Kelseniano, la vida nos ha demostrado, que cada vez que se arranca una maleza del jardín, aparece otra, y para ello debemos estar preparados.

Podríamos intentar ampliar las facultades de los Magistrados, pero ello presupone tener una gran confianza en ellos, pero todos sabemos, que esto no siempre es así. No es necesario entregarles ilimitados poderes, sólo alcanzaría con darles la posibilidad de ampliar sus límites, que todos sabemos que el deber ser, lo conminaría a la búsqueda de la justicia o al menos agotaría todos los medios por lograr este fin¹. Me

¹ A propósito de la renovación de los criterios que informan al juez en la búsqueda de la justicia, especial mención merece la moderna *concepción de la nulidad por lesión* en el derecho alemán, la que permite remediar eficazmente los abusos del “fuerte” contra el “débil”. El artículo 138 del B.G.B. prescribe: “Será nulo todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres, y en particular aquél por el cual, explotando cualquiera la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o dar por él o por un tercero, en cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que excedan el valor de esta prestación, de tal modo que, según las circunstancias, las ventajas estén en enorme discordancia con ella”. Se da así un rol fundamental a la apreciación del magistrado, sepultando la casuística circunstanciada del derecho francés donde la lesión, al igual que en Chile, sólo procede en casos taxativos en los que opera además una apreciación cuantitativa rigurosa del desequilibrio de las prestaciones. Siguiendo el derrotero abierto por el Código Civil alemán, el nuevo Código Civil italiano también ha admitido de un modo general la procedencia de la lesión, aunque manteniendo, eso sí, un criterio cuantitativo según el cual la lesión que reprueba el derecho es únicamente la que excede a la mitad del valor de la prestación ejecutada o prometida por la parte damnificada. Dice el artículo 1448-1 del



alegra, en lo más profundo de mi alma, el poder decir, al menos eso, que yerra quien piense, que de esta forma se daría licencia a los jueces, para que la arbitrariedad encuentre su reino en la Magistratura; también me alegra decir, por diversos motivos, que no existe tal riesgo. Unos de esos motivos, externos a mi persona, es la existencia de un “Tribunal Supremo”, y de un recurso, como el de Casación, que serían garantías más que suficientes, para los excesos que pudieran cometer los jueces de fondo, aunque sinceramente, siempre he pensado, que nunca faltará la manzana podrida en un cajón lleno de las saludables, pero esto no es motivo para pensar, que la alta Magistratura, está llena de seres corruptos, malintencionados e inhumanos, sino que más bien, está completamente y copada de Abogados de la República, que sabrán siempre cumplir con las obligaciones que el Estado, la Sociedad, la moral y la Ley, les demande.

Hemos observado, con el transcurrir de los años, como el proletariado se ha superado a sí mismo y en forma considerable desde comienzos de siglo, y esto no es debido solamente en razón de reglamentaciones imperativas dictadas por el legislador, sino que más bien, gracias a las personas que integran este proletariado, organizándose sindicalmente, éstas, mediante conclusiones de convenciones colectivas, han logrado obtener múltiples ventajas para los obreros y trabajadores asalariados, logrando de esta manera, extirpar de los contratos de trabajo, el carácter de contrato por adhesión, ya que los contratos en comento, hoy por hoy, se celebran, ya sea copiando o al menos respetando el contrato tipo bilateral de libre discusión, y qué importa que sean cliché, si de esta manera se logra la justicia ansiada y esperada por todas estas personas. Esto se ha venido imitando y emulando, ampliándose a otras convenciones. Para todo tipo de adherentes, el constituir asociaciones que los protejan, en pro de sus intereses, a simple vista, parece ser una solución útil, para así, de esta

Código Civil italiano: “Acción general de rescisión por lesión. Si hubieses desproporción entre la prestación de una de las partes y la de la otra y la desproporción dependiese del estado de necesidad de una de ellas, de la que se ha aprovechado la otra para obtener ventaja, la parte damnificada podrá demandar la rescisión del contrato”.



manera, sentarse de igual a igual, ya no como una parte débil, a negociar sus contratos de trabajo. Gran ejemplo de esto, también son las negociaciones colectivas de trabajo, que también discuten de igual a igual, las condiciones con quienes quieren y pretenden imponer sus cláusulas ventajosas, por la superioridad individual que queda, sobre todo en el ámbito de las desigualdades económicas.

Así, esta inercia en la fuerza colectiva, podría llevar a que desaparezca el contrato de adhesión, por la concreción en los últimos tiempos de contratos bilaterales entre los grupos opuestos que son de libre discusión; claro está, que no pueden participar directamente en éstos, los particulares, pero garantiza el hecho, de que existan colectividades excelentemente bien representadas, que salvaguardarán los intereses de todas las personas a la que representan. Debemos decir también, que este tipo de procedimientos, que en definitiva, vienen a remediar el fenómeno de la adhesión, es posible de que se pueda implementar, ante la odiosa presencia de desequilibrios económicos, entre los eventuales adherentes y el conjunto, no menor de policitantes, que indefectiblemente nos lleva a estructurar una forma de protección, en que el individuo desaparece, para quedar protegido por esta estructura fuerte, que es el contrato colectivo^{1, 2}

¹ Por supuesto que también el contrato colectivo sirve para poner de acuerdo a grupos de poderío análogo. Cfr. **SAVATIER**, Op. cit., primera serie, N° 49 y ss., donde el autor observa que los nuevos contratos que surgen son estatistas, internacionales, científicos y colectivos.

² Todo contrato tipo unilateral, destinado a ser reproducido posteriormente en numerosos trabajos de adhesión, debería, para tener eficacia, ser aprobado por el organismo público encargado de tutelar los intereses de los consumidores. Los riesgos de la adhesión podrían también aminorarse mediante tal autorización. Lo que queda sugerido en esta nota, y en otra reciente respecto a la lesión, no obstante la enorme importancia que reviste en cuanto solución al problema de la adhesión, no se ha desarrollado más latamente por no figurar en el texto original en francés.



CONCLUSIÓN

Es la media noche en punto, y he iniciado mi trabajo, como si el golpe de un malleto me anunciara el inicio de las labores.

Con tenues luces, diviso en la obscuridad de la noche, dos grandes columnas, que equivocadamente creí, que la una era de la belleza y la otra de la sabiduría, pero el tiempo me hizo comprender que tan equivocado no estaba.

La Tesis que acabo de presentar, tiene como derrotero encontrar esas dos columnas, pero, ¿cómo saber cuál es cuál?

En la misma encrucijada se está, al analizar estas dos grandes escuelas y sistemas de hermenéutica de los contratos, ya que no veo ninguna columna central que contenga las dos virtudes. Tal vez sea tan buena virtud, que sea invisible a los ojos de aprendices como yo, que día a día lucha por encontrar la luz de la sabiduría y la belleza.

Es cierto que hay un sistema ecléctico muy utilizado por este lado del hemisferio, y más aún, que ha tenido a todos conformes o resignados hace más de un siglo. Pero no hay que confundirse, por muy ecléctico que sea, está ostensiblemente cargado hacia uno de los sistemas, y que en el nuestro, es fácil advertir que prima grandemente el sistema clásico de interpretación de los contratos.

No hay que olvidar a nuestra alma mater, el sistema francés, que entre sus hijos cuenta con un verdadero ejército de excelsos tratadistas, juristas y doctores en derecho, al mismo tiempo que profesores de sus muchos claustros universitarios, en sus diversas calidades; incluso varios de nuestras tierras, que se han doctorado y en un caso particular, más que destacado en ese bello país.

Iniciamos nuestro camino con un breviario y conceptos básicos, para que nuestro tinglado tuviese algún sustento a los ojos de algunos legos curiosos, que pudieran ver esta tesis con deseos de aprender, o al menos, entender algo de lo que en esta se dice. Por supuesto, los



abogados y doctores del derecho que lean esta obra, sólo tendrán que criticarla, espero constructivamente, para mejorarla, y como dije desde el comienzo en mi diseño de tesis, tal vez abocarse a la tarea de construir un sistema propio y acorde con nuestros usos e idiosincrasia latinoamericana, y todo lo que conlleva estos conceptos, y observar en el sistema que creen, nuestras virtudes y defectos, como también nuestra manera de actuar y pensar, tan diversa a la europea y en especial, a la alemana y anglosajona.

Así como los italianos, raza etrusca milenaria, hicieron a pesar de su ordenamiento jurídico de tan larga data, y uno de los primeros en la humanidad, un nuevo Código Civil, recién ayer, en 1942.

Creo firmemente, que nuestros bien formados abogados, y mejor aún, doctores en derecho, podrán emular o en el peor de los casos imitar, esta sabia decisión que el cambio de los tiempos nos exige; y no tan sólo me refiero a materia de interpretación, sino que también, de paso ganarnos el respeto, sino económicamente, intelectualmente, ante los ojos del mundo que nos observa hacia arriba o hacia abajo, dependiendo de nuestros logros, hechos concretos y verdad, y no a través de nuestro orgullo sin fundamento y mal entendido.

Obviamente, si queremos lograr lo anterior, debemos, como en muchas ocasiones hice hincapié en mi diseño de tesis, abordar el tema desde su génesis y hacernos una introspección. Por ello, esta obra tiene sus principales basamentos en el origen de nuestro Código Civil, o derecho común y también supletorio por excelencia, y recurrimos a disquisiciones, opiniones y doctrinas de los insignes doctrinarios, que de una u otra manera, influyeron en nuestro Código Civil, y por ende, en nuestro ordenamiento jurídico completo.

En el epílogo de esta tesis, debemos preguntarnos, si seguiremos lo que nos dice por ejemplo, DEREUX, entre tantos otros, o lo que nos manifiesta categóricamente, BATIFFOL o DANZ.



Por ningún motivo encontraremos la respuesta a esta trascendental interrogante, reparando en el artículo 1481, del Código Civil Ecuatoriano, o su homólogo 1438, del Código Civil Chileno, o como ya lo hice saber en mi diseño de tesis y también en la introducción de ésta, recurrir a definiciones desgastadas o manidas, diciendo que el Código o mejor dicho, don Andrés Bello, se equivoca al definir el contrato, ya que la definición del artículo 1481, del Código Civil Ecuatoriano, obedece más bien al objeto de la obligación, que consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa y que cada parte puede ser una o muchas personas.

Son muchos los excelsos tratadistas que ya han hecho este estudio en **“manuales”**, que si yo lo hiciese, mi presentación no merecería ser llamada tesis, ni etimológicamente, ni bajo ningún otro respecto.

Insisto que este trabajo encuentra su basamento en la génesis del Código Civil, y así debe entenderse, y que por lo demás, es la única forma de atacar el problema que presenta y el fin que se propone, que no es más que entregar, sino una pequeña luz, o al menos el brillo que da una luciérnaga en la noche, para guiarnos por el sendero que nos pertenece, que no será ni mejor ni peor que otros, sino sólo el adecuado para nosotros, el pueblo latinoamericano.

Estoy cierto, que en el claustro universitario que me ha acogido, no desean un rebus sic stantibus, sino más bien, que su desiderata, es y será siempre innovar, y siendo así, confío plenamente que leerán cada una de las líneas acertivas y erráticas de este postulante, con un prisma de una crítica constructiva.

Se aproximan los primeros rayos de luz, y debo concluir esta tesis; pero de seguro me preguntarán, qué columnas son las que veo, o cuál debo elegir.

Sinceramente creo, que es una interrogante muy grande y trascendental para este simple postulante. Sólo les diré, que no me encuentro capacitado como ustedes, para dar respuesta o solución a esta incógnita. Sería como preguntarle al gran Ernest Hemingway, por quién



Universidad de Cuenca

Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica de los Contratos en Ecuador, Chile y Latinoamérica, en relación con Francia, Italia y Alemania y sus diversos Sistemas.

doblan las campanas, o al gran Neruda, en su Poema 20, en qué ocasiones ella lo quiso.

¿La sabiduría o la belleza? En tal caso, me quedaría a presenciar, cómo ustedes hacen, que la sabiduría y la belleza se den la mano, y entonces, serían ustedes y sólo ustedes, quienes me darían la respuesta a mí.

Puede ser que a lo mejor, la tercera columna sea la justicia. Ustedes me lo dirán.



BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo

Comentarios en la “Revista del Colegio del Abogados de Chile”, 1959.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo

“*Teoría de las Obligaciones*”, 1976, Editorial Andrés Bello, Santiago-Chile.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel

1973, “*Curso de Derecho Civil*”, por A. Vodanovic, Quinta Edición, Santiago-Chile.

ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC

“*Curso de Derecho Civil*”, 1961, Tomo 1, Vol.1, Tercera Edición, Chile.

Archivos de la Corte Provincial del Azuay, Juzgados Civiles.

ARMINION, NOLDE Y WOLFF

“*Traité de droit comparé*”, T. 1. París, 1950, p. 163 y ss.

AUBRY y RAU, 8 Tomos de Colección, “*Interpretación de los Contratos*”, propiedad del Estudio Jurídico “Figueroa & Asociados”, Chile.

AUBRY Y RAU



Universidad de Cuenca

Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica de los Contratos en Ecuador, Chile y Latinoamérica, en relación con Francia, Italia y Alemania y sus diversos Sistemas.

“*Cours de droit civil français*”, T. I, 7ª ed., por ESMEIN Y PONSARD, París, 1964, y T. IV., 6ª ed., por BARTIN.

BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio

“*Apuntes de Introducción al Derecho*”, 1982 (Discípulo de Hans Kelsen).

BATIFFOL, Henri

“*La crise du contrat et sa portée*”, *Archivos de Filosofía del Derecho*, T. XIII, París, 1968, p. 13 y ss.

BAUDRY-LACANTINERIE

“*Traité théorique et pratique de droit civil*”. *Des obligations*, T. I, 3ª ed., 1906.

BARDE

“*Traité théorique et pratique de droit civil*”. *Des obligations*, T. I, 3ª ed., 1906.

BENOIT, Jean

“*Revue trimestrielle de droit civil*”, 2002, p. 35 y ss.

BENTHAM

“Teoría del interés o utilidad individual”, comentario sobre obligatoriedad de los contratos.

BERGSON

Citado por Batiffol, “*La crise du contrat et sa portée*”, in *archives de philosophie du droit*, T. XIII, 1968, p. 17.



BETTI

“Cours de droit civil comparé des obligations”, Milán, 1958, p. 85.

BONCENNE

Traité de procédure civile, T 1, p. 490. *“Ce qui est pour celui-ci une lumière éblouissante ne présente aux yeux de celui-là qu’un jour vague et incertain”*.

BORDA, Guillermo

“Tratado de Derecho Civil”, 1983, Octava Edición, Buenos Aires-Argentina.

BOSSHART, Fritz

“L’interprétation des contrats”, Tesis, Ginebra, 1939.

BOULANGER, Jean

Enciclopedia Dalloz. Repertorio de Derecho Civil. Voces: *“contrats et conventions”* y *“jurisprudence”*.

BRAIN RIOJA, Héctor

Tratadista chileno, *“La interpretación de los contratos ante la doctrina y la jurisprudencia”*. Concepción, Chile, 1941.

CALLATAY, Edouard de

“Etudes sur l’interprétation des conventions”, Bruselas – París, 1947.



CAPITANT, Henri

“Traité de droit civil”, por Julliot de la Morandiere, T. II, París, 1959.

CARBONNIER, Jean

“Théorie des obligations”, París, 1963 y *“Droit civil, Introduction à l’étude du droit”*, 7ª ed., París, 1967.

CHÁVEZ CHÁVEZ, Eric

“Derecho Procesal, Orgánico y Funcional”, 2009, Editorial Jurídica, Aremi Ediciones, Segunda Edición, Santiago-Chile.

CLARO SOLAR, Luis,

“Curso de Derecho Civil, Obligaciones”, 1978, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile.

CLARO SOLAR, Luis

“Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”. De las obligaciones, 3 tomos, Santiago, 1939.

Código Civil Alemán, Art. 320, Inciso II, sobre Contratos sinalagmáticos.

Código Civil Chileno, 1987.

Código Civil Chileno, 2008.



Universidad de Cuenca

Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica de los Contratos en Ecuador, Chile y Latinoamérica, en relación con Francia, Italia y Alemania y sus diversos Sistemas.

Código Civil de la República del Ecuador, 1970, bajo la Administración del Excmo. Sr. Dr. Dn. José María Velasco Ibarra, Presidente de la República.

Código Civil de Sajonia, artículos 135 y 809-813.

Código General de Prusia, I, 4, artículos 6574 y I, 5, artículos 252-269.

Código de Napoleón, artículos 1156-1164 (cuando regía el Código Francés en Sajonia y Prusia). Adquiridos en subasta pública, en la ciudad de París, extractos sueltos de los dos primeros Códigos, por el Estudio Jurídico “Figueroa & Asociados”.

Código de Procedimiento Civil Chileno, 1999, Editorial Jurídica de Chile.

COLIN

“*Traité de droit civil*”, por Julliot de la Morandiere, T. II, París, 1959.

CUJAS

Ensayista y comentarista del Digesto. “*Ensayo sobre la ley ille aut ille*”, propiedad del Estudio Jurídico “Figueroa & Asociados”.

DANZ, Erich

“*La interpretación de los negocios jurídicos*”, 3ª ed., Madrid, 1955.

DE CALLATAY, Edouard

“*Etudes sur l’interprétation des conventions*”. París-Bruselas, 1947.

DEMOGUE



Universidad de Cuenca

Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica de los Contratos en Ecuador, Chile y Latinoamérica, en relación con Francia, Italia y Alemania y sus diversos Sistemas.

Citado por Michel Villey, “*Essor et décadence du volontarisme juridique*”, in *Archivos de Filosofía del Derecho*, Vol. III, 1958, p.89 y ss.

DEMOLOMBE

“*Cours de code de Napoleón*”, T. XXIV y XXV, 2ª ed., 1871.

DEREUX, Georges

“*De l'interprétation des actes juridiques privés*”, Tesis, Editorial Chevalier, París, 1905, y “*De la nature juridique des contrats d'adhésion*”, *Revista trimestral de Derecho Civil*, 1910, p. 503 y ss.

DOMAT

“*Les lois civiles dans leur ordre naturel*”, T. I, Nueva ed., París, 1777.

DUCCI CLARO, Carlos

“*Derecho Civil*”, 1983, Tercera Edición, Editorial Conosur, Santiago de Chile.

DUGUIT y HAURIOU

Publicistas, Comentarios sobre “*Contratos por Adhesión*” en “*Revue de droit et jurisprudence*”, París, N° 821, p. 15 y ss.

ESCRICHE. Diccionario

FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo

“*Curso de Derecho Civil*”, Tomo I y Tomo II, 1979, Quinta Edición, Editorial Jurídica de Chile.



FUEYO LANERI, F.

"Derecho Civil, Obligaciones", Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo

"Interpretación de los Contratos", (Ensayo).

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo

"Introducción al Estudio del Derecho II".

GAUDIN DE LAGRANGE

"L'interprétation des contrats". Juris-Classeur Civil, artículo 1156.

GAUGUIER, Jules

"De l'interprétation des actes juridiques", Tesis, París, 1898.

GAUPP-STEIN

Citado por DANZ.

GENY, François

"Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif", nueva edición, 1954, Tomo I, N° 109 y ss.

GIORGI

Citado por Luis CLARO SOLAR, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado". De las obligaciones. 3 tomos, Santiago, 1939, p. 20.



GOLDMAN, Berthold

Enciclopedia Dalloz, Repertorio de Derecho Civil. Voz: “interprétation”.

GOUNOT, Emmanuel

Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Tesis, Dijon, 1912.

HONORAT, Jean

“L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile”.
Tesis, París, 1967.

INFANTE, José F., “Causales de casación de fondo en materia civil”, 1933, Chile.

JOSSERAND, Luis

“Cours de droit civil positif français”, T. II, 3ª ed., París, 1939 y *“La publicisation du contrat”*. Colección Lambert, T. III, 5ª parte, p.143 y ss.

KELSEN, Hans

“Théorie pure du droit”, Traducción al francés de la 2ª ed. alemana, París, 1962.

KANT

Pandectes Françaises. Successions, N° 2845, Bourges, 23 enero 1828.

LAURENT

“Principes de droit civil français”, T. XVI, 3ª ed., 1878.

LEBRUN

Repertorio de Derecho Civil, T. I, 1951.



LECOMPTE, André

“*La clause de style*”, *Revista trimestral de Derecho Civil*, 1935, p. 305 y ss.

MARTY, Gabriel

“*Droit civil*”, T. I y T. II, 1^{er} vol., París, 1962. Tesis “*La distinction du fait et du droit, Toulouse*”, 1929.2, T.V., p. 84 y ss.

MAZEAUD, Henry, León, Jean

“*Leçons de droit civil*”, T. I. 3^a ed., 2^o tiraje, París, 1965, y T. II, 2^a ed., París, 1962.

MEZA BARROS, Ramón,

“*Fuente de las Obligaciones*”, Tomo I y Tomo II, 1986, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile.

MEYNIAL

“Crítica a ambos sistemas”, comentarios.

MONTAIGNE

“Comentarios sobre el artículo 1156 del Código Civil Francés”, T. I, p. 95 y ss.

PAPINIANO

“Estudio sobre la interpretación de las leyes claras”, compulsas que obran en el E. J. “Figueroa & Asociados”.

PASSARELLI, Santoro



Universidad de Cuenca

Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica de los Contratos en Ecuador, Chile y Latinoamérica, en relación con Francia, Italia y Alemania y sus diversos Sistemas.

Principal autor del nuevo Código Civil Italiano. “Dottrine Generali del Diritto Civile”, citado por RIEG.

PLANIOL

“*Traité pratique de droit civil français*”, T. VI, por ESMEIN, 2ª ed., París, 1952.

POTHIER

“*Traité des obligations*”, T. I, nueva ed., por Bernardi, París, 1805.

PUFFENDORF

“Pacto social tácito”, comentarios.

RAYNAUD

“*Droit civil*”, T. I y T. II, 1^{er} vol., París, 1962.

REICHSGERICHT, de 1918. RGZ, 91- 426.

RIEG, Alfred

“*Le rôle de la volonté dans la formation de l’acte juridique d’après les doctrines allemandes du XIXème siècle*”, *Archivos de Filosofía del Derecho*, T. III, París, 1957, p. 125 y ss. y “*Le rôle de la volonté dans l’acte juridique en droit civil français et allemand*”, Tesis, Estrasburgo, 1958.

RIPERT, Georges



Universidad de Cuenca

Doctrina sobre la Exégesis y Hermenéutica de los Contratos en Ecuador, Chile y Latinoamérica, en relación con Francia, Italia y Alemania y sus diversos Sistemas.

“La règle morale dans les obligations civiles”, 4^a ed., París, 1949.

ROUBIER, Paul

“Théorie générale du droit”, 2^a ed., París, 1951.

“La déclaration de volonté”, Revista trimestral de Derecho Civil, 1902, p. 545 y ss.

ROJAS, Carlos

“Estudio crítico de la jurisprudencia del artículo 1560 del Código Civil”, p. 68.

CORTE SUPREMA, Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. fallo de 8 de Agosto de 1956, T. IV, Código Civil, p. 246.

ROUSSEAU

“De la interpretación de los contratos claros, en relación a la interpretación legal” (comentarios), P. del E. J. “F & A”.

SALEILLES, Raymond

“De la déclaration de volonté”, París, 1901.

SALLE DE LA MARNIERRE, Edmond

“L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques”, Tesis, París, 1930 y “Les législations de protection”, Crónica, D., 1950 - I - 93.

SAVATIER, René

“Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui”, 3^a ed., París, 1964, y Nota bajo Civ., 14 enero 1931, D.P., 1931 - I - 5.



SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel

Apuntes sobre Contratos, tomados directamente de la cátedra, propiedad del Estudio Jurídico “Figueroa & Asociados”, Universidad de Chile, Santiago-Chile.

TALAMON

“Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur l’interprétation et l’application des contrats”, Tesis, París, 1926.

VILLEY, Michel

“Essor et décadence du volontarisme juridique”, Archivos de Filosofía del Derecho, T. III, París, 1957, p. 87 y ss.

VOIRIN, Pierre

Nota bajo Burdeos, 10 de diciembre 1928, D., 1929 - II – 81.

WALDECK-ROUSSEAU Presidente del Consejo Francés de Ministros, Citado por SAVATIER, *“Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui”*, 3ª ed., 1964, 1ª serie.

WALINE, Marcel

“L’individualisme et le droit” 2ª ed., París, 1949.

Y OTROS...